

日本東京帝國大學法學士  
前大理院庭長  
北平大學法學院教授  
北平京大  
朝陽學院講師

陳瑾昆著

# 刑事訴訟法通義

北平朝陽學院出版

中華民國十九年五月一日初版  
中華民國二十年三月十日再版  
中華民國二十年十月一日三版  
中華民國二十一年十月一日四版

民國二十年七月二十一日內  
政部註冊執照發號七二八號

定價大洋貳圓捌角  
外埠加郵費洋貳角

著作人 常德 陳瑾 昆

校對人 黎縣 李 紹興 王宗 鑑

出版人 北平朝陽學院

總發行所 朝陽學院出版部

分售處 南京法律評論社  
北平公慎書局及  
各大書店

印刷人 朝陽學院印刷部

有 著  
作 權  
翻 印  
必 究



本論

上部 總論

第一編 訴訟主體

第一章 法院

第一節 概說

第二節 法院之管轄

第一款 概說

第二款 職務管轄

第三款 事物管轄

第四款 土地管轄

第五款 管轄之合併

第六款 管轄之指定

第七款 管轄之移轉

三二	本論
三三	上部 總論
三三	第一編 訴訟主體
三三	第一章 法院
三三	第一節 概說
三三	第二節 法院之管轄
三三	第一款 概說
三四	第二款 職務管轄
三五	第三款 事物管轄
二七	第四款 土地管轄
二九	第五款 管轄之合併
三二	第六款 管轄之指定
三四	第七款 管轄之移轉



第八款 管轄之效力

第三節 職員之資格

第一款 概說

第二款 推事之迴避

第三款 其他職員之迴避

第四節 法律上之補助

第二章 當事人

第一節 原告

第一款 檢察官

第二款 自訴人

第二節 被告

第三節 其他訴訟關係人

第一款 辯護人

第二款 輔佐人及代理人

三五

三九

三九

四〇

四九

五二

五四

五四

五五

六二

六二

六六

六六

七九



第三項 期限

一五六

第七款 訴訟行為之處所

一五三

第二節 訴訟關係

一三四

第三節 訴訟標的

一三六

第四節 訴訟要件

一三六

第五節 訴訟資料

一三九

第二章 被告之傳喚

一四四

第三章 強制處分

一四八

第一節 概說

一四九

第二節 被告之拘提逮捕通緝

一四九

第一款 拘提

一四九

第二款 逮捕

一五四

第三款 通緝

一五七

第三節 被告之羈押及其停止撤銷

一五九

第一款 羈押	一五九
第二款 羈押之停止	一六三
第一項 具保	一六四
第二項 責付及限制住居	一六七
第三款 羈押之撤銷	一六八
第四節 扣押及搜索	一七〇
第一款 扣押	一七〇
第二款 搜索	一七八
第四章 被告之訊問	一八三
第五章 證據	一八九
第一節 總論	一八九
第一款 證據之意義	一八九
第二款 舉證	一九〇
第三款 證明與釋明	一九一

第四款	證據之種類	一九一
第五款	證據之客體	一九三
第六款	不須證據之事實	一九三
第七款	證據之判斷	一九五
第二節	被告	一九六
第三節	證人	一九七
第四節	鑑定人及通譯	二二一
第一款	鑑定人	二二一
第二款	通譯	二二八
第五節	勘驗	二二九
第六節	證書	二三五
第六章	裁判	二四二
第一節	裁判之意義	二四二
第二節	裁判之種類	二四三

第三節 裁判之成立

第四節 裁判之程式

第五節 裁判之諭知(宣告及送達)

第一款 概論

第二款 宣告

第三款 送達

第六節 裁判之確定

第七節 裁判之效力

下部 各論

第一編 第一審

第一章 公訴

第一節 總論

第一款 公訴之意義

二四六

二四九

二五五

二五五

二五六

二六〇

二六一

二六三

二六七

二六七

二六七

二六八

二六八

二六八

第二款 公訴之目的

第三款 公訴權之性質

第四款 公訴權之發生

第五款 公訴權之消滅

第二節 偵查

第一款 總論

第一項 偵查之意義

第二項 偵查之目的

第三項 偵查權

第四項 偵查程序

第五項 偵查機關

第二款 偵查之端緒

第一項 概說

第二項 告訴

二六八

二六九

二七〇

二七〇

二七三

二七三

二七三

二七四

二七五

二七五

二七七

二八〇

二八〇

二八一

第三項	告發	二九三
第四項	自首	二九五
第三款	偵查之實施	二九六
第一項	檢察官之實施	二九六
第二項	輔助機關之實施	三〇〇
第四款	偵查之終結	三〇一
第一項	概說	三〇一
第二項	終結程序之種類	三〇二
第三節	起訴	三〇九
第一款	起訴之意義	三〇九
第二款	起訴之條件	三二〇
第三款	起訴之程序	三二一
第四款	起訴與他罪或民事之關係	三二二
第五款	起訴之撤回	三二三



第六款 起訴之效力(訴訟拘束)

第四節 審判

第一款 審判之意義

第二款 審判之開始

第三款 審判之準備

第四款 審理程序

第一項 法庭之出庭者

第二項 法庭之指揮訴訟權及維持秩序權

第三項 審判日期之開始

第四項 審理之範圍

第五項 審理之次序

第六項 辯論之再開

第七項 審判之連續

第八項 審判之更新

三二五

三二九

三二九

三三〇

三三一

三三四

三三四

三三七

三三八

三三八

三二九

三三三

三三三

三四四

第九項	審判之停止	三四五
第十項	審判之繼續	三四七
第五款	判決程序	三四八
第一項	判決之條件	三四八
第二項	判決之範圍	三四九
第三項	判決之種類	三五〇
第四項	判決之程式	三五二
第五項	判決之諭知	三五七
第六項	判決不待被告陳述之情形	三五八
第七項	判決與民事法律關係	三五九
第八項	判決與羈押及扣押之關係	三六〇
第六款	審判筆錄	三六一
第三章	自訴	三六五
第一節	自訴之意義	三六五

第二節	自訴之主體	三六七
第三節	自訴之條件	三六八
第四節	自訴之程式	三六九
第五節	自訴之效力	三六九
第六節	自訴之審判	三七〇
第七節	自訴之撤回	三七三
第八節	自訴之承受及擔當	三七四
第九節	反訴	三七五
<b>第二編</b>	<b>上訴</b>	三七七
第一章	總論	三七七
第一節	上訴之意義	三七七
第二節	上訴之主體	三七八
第三節	上訴之範圍	三八二
第四節	上訴之程式	三八二

第五節	上訴之效力	三八四
第六節	上訴之捨棄及撤回	三八五
第二章	第二審程序	三八九
第一節	第二審之性質	三八九
第二節	第二審上訴之提起	三九〇
第三節	第二審審判前之程序	三九〇
第四節	第二審審判之範圍	三九二
第五節	第二審之審理	三九二
第六節	第二審之判決	三九三
第三章	第三審程序	三九六
第一節	第三審之性質	三九六
第二節	第三審上訴之提起	三九八
第三節	第三審上訴之理由	三九八
第四節	第三審審判前之程序	四〇四

第五節 第三審審判之範圍

第六節 第三審之審理

第七節 第三審之判決

## 第三編 抗告

第一章 抗告之意義

第二章 抗告之主體

第三章 抗告之客體

第四章 抗告之程式

第五章 抗告之效力

第六章 抗告之裁判

第一節 原審法院之裁判

第二節 抗告法院之裁判

第七章 再抗告

第八章 準抗告

四〇六

四〇七

四〇九

四一四

四一四

四一五

四一五

四一六

四一七

四一八

四一八

四一九

四二〇

四二一

第四編 非常上訴

第一章 非常上訴之意義

四二一

第二章 非常上訴之提起

四二五

第一節 提起之主體

四三二

第二節 提起之程式

四三三

第三節 提起之效力

四三四

第三章 非常上訴之審判

四三四

第五編 再審

第一章 再審之意義

四二六

第二章 再審之客體

四二八

第三章 再審之原因

四二八

第四章 再審之提起

四三二

第一節 提起之時期

四三二

第二節 再審之管轄

四三三

第三節 提起之主體

四三四

第四節 提起之程式

四三五

第五節 提起之效力

四三六

第六節 再審之撤回

四三七

第五章 再審之審判

四三八

## 第六編 特別程序

四四一

第一章 概說

四四一

第二章 簡易程序

四四一

第三章 兼理訴訟程序

四四七

第四章 覆判程序

四六〇

## 第七編 執行程序

四六五

## 第八編 附帶民事訴訟

四七六

第一章 總論

四七六

第一節 附帶民事訴訟之觀念

四七六

第二節 附帶民事訴訟之訴權

四七八

第三節 附帶民事訴訟之主體

四八〇

第四節 附帶民事訴訟之客體

四八二

第五節 附帶民事訴訟應適用之法律

四八二

第二章 訴訟程序

四八五

第一節 起訴

四八五

第二節 審判

四八七

第三節 上訴及抗告

四九〇



# 自序

民國十五年冬北京司法部舉行司法官考試並設置司法儲材館以及格者入館學習內有刑事訴訟法規及判例一科維時余方任大理院刑事庭長勉爲承乏講授邇來各大學亦謬以斯科講席相屬竊念現行刑事訴訟法大致承襲舊刑事訴訟條例燦然新式法典較諸民國十一年前各級審判廳試辦章程時代相去奚啻天淵惟惜各司法機關類多因沿舊貫嚴密程序迄未切實履行此不獨法院之過一般律師及人民未曾有深切之研究遂未克爲正當之督促殆亦不能辭其咎余不揣謏陋思效介紹微勞爰將歷年講稿釐訂成書顏曰刑事訴訟法通義出以質諸當世苟能喚起法界及學界之注意共同研究斯學馴至良法美制能一一見諸實行則社會個人亦均獲蒙其福利又豈僅余一人之私幸哉是爲序

中華民國十九年五月一日

陳瑾昆識

# 凡例

- 一 本書命名爲刑事訴訟法通義者蓋爲就刑事訴訟法及其重要關係法規爲系統研究除原有法條詳爲解釋外一般法理亦博爲引申故可爲各大學之課本並供實際家之參考
- 二 刑事訴訟法及縣知事審理訴訟暫行章程覆判暫行條例法院編制法均編有條文索引以便檢索
- 三 刑事訴訟法多須與民事訴訟法參證現行法令有民事訴訟律及民事訴訟條例兩種因後者較爲完備適用之法院亦較多故本書只參引條例之條文
- 四 本書均依刑事訴訟法次序惟因研究便宜編章及條文次序亦間有顛倒
- 五 本書務就研究对象詳分標題以醒眉目
- 六 現行事例及前大理院並司法院暨最高法院判例及解釋務加注意惟私見偶以爲未妥者亦未敢盲從

七 本書重在解釋不在批評故於刑事訴訟法之立法主義條文內容編纂體例私見以爲未妥者亦多未評列惟偶因解釋上必要一爲揭及而已

八 學說爲篇幅所限未能列舉出處私見與通說不符者除剖陳私見外並將通說介紹之

九 刑事裁判實例及用紙格式以將另出刑事訴訟實務一書中外刑事訴訟判例以將另出刑事訴訟教材一書故本書均未加入以免學理與實務相混

十 本書略語單稱某條或於括弧內單載數字者均指刑事訴訟法條文稱刑訴法者謂刑事訴訟法稱法編法者謂法院編制法稱民訴條例者謂民事訴訟條例條文略引時所書數字單引某條則用中國數字並引某項則用羅馬數字並引某款則用亞拉伯數字例如(一)者爲第一條(一三一)者爲第十三條第一項(八一)者爲第八條第一款(二六一)者爲第三十六條第一項

第一款是

十一 爲學子研究便利特揭可供參考之中外重要書籍如次

甲 中文

- 1 國民政府司法院編 國民政府司法例規
- 2 北京司法部編 改定司法例規正續編
- 3 大理院編 大理院判例要旨滙覽正續編
- 4 大理院編 大理院解釋要旨滙覽
- 5 修訂法律館編 刑事訴訟律草案理由
- 6 修訂法律館編 刑事訴訟法修正案理由

乙 日文

- 1 牧野英一 刑事訴訟法
- 2 平沼騏一郎 新刑事訴訟法要論
- 3 林賴三郎 刑事訴訟法要義總則分則

- 4 小野清一郎 刑事訴訟法講義
- 5 板倉松太郎 刑事訴訟法指歸
- 5 中尾芳助
- 6 赤羽熙 新刑事訴訟法註釋
- 7 林賴三郎 刑事訴訟法論
- 8 富田山壽 刑事訴訟法要論
- 9 板倉松太郎 刑事訴訟法立義
- 10 板倉松太郎 刑事訴訟法大綱
- 11 清水孝藏 刑事訴訟法理論
- 12 豐島直通 刑事訴訟法新論
- 13 平沼騏一郎 新刑事訴訟法大意

丙 西文

1. Harris, principles of criminal law

2. Kenny, outlines of criminal law
3. Rosenfeld, Der Reichsstrafprozess
4. Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht
5. Löwe, Strafprozessordnung
6. Graf zu Dohna, Das Strafverfahren
7. Garraud, précis de droit criminel
8. Vidal, cours de droit criminel
9. Roux, cours de droit pénal et de procédure pénale

# 刑事訴訟法通義

常德陳瑾昆著

## 緒論

### 第一章 刑事訴訟概論

#### 第一節 刑事訴訟之意義

刑事訴訟 (Strafprozess) 一語亦如民事訴訟。在法學上略有三個意義。

第一意義。為刑事之訴 (Strafklage) 故稱刑事起訴。亦可曰提起刑事訴訟。若從此義。則刑事訴訟乃謂訴權之活動。即本於訴權以求國家刑罰權之實行。蓋國家於犯罪發生時。雖即有刑罰權。但多數立法例。均守不告不理之原則。 (ne iudex procedat ex officio) 將處罰與追訴分為二事。必先有追訴。而後能處罰。為追訴之權。稱曰起訴權 (Klageecht) 刑事訴訟法乃以之分與於檢察官及被害人。 (三三三、三三七) (註) 由檢察官起訴者。稱曰公訴 (öffentliche Klage) 由被害人起訴者。稱曰自訴 (Privatklage) 舊刑事訴訟條例稱曰私訴。刑事訴訟即包括此二種訴訟而言者也。

註 刑事訴訟法第三百三十八條第一項。雖規定被害人之法定代理人保佐人或配偶得獨立起訴。但應解為係該各項人得以自己名義代被害人行使訴權。並非自己有訴權。亦猶同法第三百五十九條

規定該各項人得獨立上訴。係代行上訴。並非自己有上訴權。

第二意義。爲刑事訴訟關係。(Strafrechtsverhältnis) 故有時稱刑事訴訟成立。即謂發生刑事訴訟關係。若

從此義。則刑事訴訟。乃謂訴訟主體在刑事訴訟法上之權利義務關係(即法律關係)凡成立刑事訴訟。須有三個主體。一爲原告。(Kläger) 一爲被告。(Belebter) 統稱曰當事人。(Parteien) (二) 一爲立於當事人

外之法院。(Gericht) 刑事訴訟乃以此三者爲主體。三面各相互在刑事訴訟法上有種種權利義務關係。(註)因起訴而開始。因訴訟進行而發展。因判決而終結。

註 刑事訴訟關係。是否爲一面。抑爲二面。或三面。亦如民事訴訟關係。在訴訟法學者中頗有議論。余採

### 三面關係說。

第二意義。爲刑事訴訟程序。(Strafprozess oder Strafverfahren) 法學上用於此義者。最爲普通。若從此義。

則刑事訴訟。乃謂以實行刑罰權爲目的之訴訟行爲總體。凡稱曰程序。均指因一定目的而相連貫之行爲總體。刑事訴訟之目的。乃在確定刑罰權之存否及其範圍。(Feststellung des Staatslichen Strafanspruchs

nach Existenz und Inhalt) 法院及當事人在刑事訴訟。雖各爲種種訴訟行爲。但均由同一目的相連貫爲一體。此行爲總體。即爲刑事訴訟程序。亦即刑事訴訟。但又有廣狹二義。單指起訴至判決程序爲刑事訴訟

者。此狹義也。並指偵查及執行程序爲刑事訴訟者。此廣義也。至附帶民事訴訟。性質上雖爲民事訴訟。但便



宜上仍以之屬於刑事訴訟。故其程序。須先準用刑事訴訟法。必刑事訴訟法無規定者。始準用民事訴訟法。  
(五〇七)

## 第二節 刑事訴訟之種類

### 第一 通常刑事訴訟與特別刑事訴訟

通常刑事訴訟者。依刑事訴訟法審判之刑事訴訟也。與此對立者。爲特別刑事訴訟。即依特別刑事訴訟法規審判之刑事訴訟也。如依陸海空審判法審判之犯罪事件。即其適例。縣知事兼理之刑事訴訟。雖首須適用縣知事審理訴訟暫行章程。但仍準應準用刑事訴訟法。故仍謂之通常刑事訴訟。

### 第二 法院之刑事訴訟與其他官署之刑事訴訟

法院之刑事訴訟者。由法院編制法所定法院審判之刑事訴訟也。其他官署之刑事訴訟者。由上項法院以外官署審判之刑事訴訟也。其中有由行政官署審判者。如依違警罰法由警察官署審判之違警罪。即其適例。有由軍事長官審判者。如依懲治盜匪條例由高級軍官審判之盜匪案件。即其適例。有由特種法庭審判者。如以前依特種刑事臨時法庭組織條例由該法庭審判之反革命案件。即其適例。有由兼理司法之行政官署審判者。如依縣知事審理訴訟暫行章程由縣知事或承審員審判之刑事訴訟。即其適例。有由專理司法之特別法庭審判者。如依舊上海臨時法院組織條例由該法院審判之刑事訴訟。即其適

例。

### 第三 正式刑事訴訟與略式刑事訴訟。

正式刑事訴訟者。依刑事訴訟法所定之通常訴訟程序審判之刑事訴訟也。略式刑事訴訟者。依刑事訴訟法所定之簡易程序或他法所定之略式程序審判之刑事訴訟也。刑事訴訟。不問其為地方管轄案件或初級管轄案件。均應一律依通常訴訟程序審判。乃為原則。其得依略式程序審判者。全屬例外也。

### 第二節 刑事訴訟之主義

刑事訴訟之主義者。謂關於刑事訴訟如何開始。訴訟資料如何提出。審判程序如何履行等問題之原則也。茲舉其主要者如次。

#### 第一 告劾主義與糾問主義。

告劾主義 (akkusatorisches Verfahren) 云者。謂法院對於犯罪。須待他人追訴始得開始審判也。與此對立者。為糾問主義 (inquisitorisches Verfahren) 糾問主義云者。謂法院對於犯罪。不待他人追訴。即得進行審判也。告劾主義。(一)維持審判之公平。(二)輕減法院之負擔。(三)鞏固被告之地位。凡此皆優於糾問主義。故在歐洲中世紀刑法嚴酷時代。固曾採用糾問主義。而自法國革命以後。則已漸次廢止。近代文明國家。除少數例外。固均採用告劾主義矣。

告勅主義。又有三種。(一)國家追訴主義。(Statalklageprinzip)即由檢察官獨占公訴權。(Statunwaltschaftliches Anklagenmonopol)也。(二)被害人追訴主義。(Privatklageprinzip)即許被害人得逕向法院起訴也。(三)一般追訴主義。(Popularklageprinzip)即許一般民衆亦得逕向法院起訴也。刑事訴訟法乃以第一主義爲原則。第二主義爲例外。(二五三三三三七三四一三四二)

## 第二 合法主義與便宜主義

合法主義(Legalitätsprinzip)云者。謂檢察官就犯罪之追訴。認爲法律上之要件已經具備時。職務上即須起訴。不能有決定不起訴之權。又稱曰勵行主義。與此對立者。稱曰便宜主義。(Opportunitätsprinzip)便宜主義云者。謂檢察官雖認犯罪已具備追訴要件。仍得因政策之便宜。有決定不起訴之職權。又稱曰任意主義。此二主義各有得失。立法上應探何主義。爲刑事政策上一大問題。如德國刑事訴訟法。那威刑事訴訟法。係以合法主義爲原則。便宜主義爲例外。(註一一)日本民事訴訟法。舊法係採合法主義。新法係採便宜主義。(註二)我國舊刑事訴訟條例第二百五十七條第一項。固係完全採合法主義。新刑事訴訟法雖係於第二百五十三條第一項。仍標明採合法主義。但於第二百四十五條。又定有例外。許檢察官於一定條件之下。得適用便宜主義。

註一 德刑訴一五二條四一四條那威刑訴八四條八五條

註二 德國一千九百零八年發表之刑事訴訟法改正案。亦係採限制合法主義。認便宜主義之例外。較原法尤為擴大。

註三 日本現行刑訴二七九條規定檢察官因犯罪人之性質年齡及境遇。並犯罪之情況。及犯罪後之情況。認為無追訴之必要者。得不提起公訴。

### 第三 職權主義與處分主義。

職權主義 (Offizialprinzip oder Instruktionsprinzip) 云者。謂關於訴訟標的及訴訟關係。不認當事人有處分權。法院應依職權以為審判也。在此主義。訴訟一經繫屬於法院。則其訴訟標的及訴訟關係。均不得依當事人意思變更或消滅。故又稱曰不變更主義 (Immutabilitätsprinzip) 與此對立者為處分主義 (Dispositionsprinzip) 處分主義云者。謂關於訴訟標的及訴訟關係。認當事人有處分權。法院應受其處分之拘束也。

刑事訴訟與民事訴訟大異其趣。故刑事訴訟法。亦與民事訴訟法不同。係以採職權主義為原則。故關於訴訟標的。不許當事人為捨棄認諾和解減縮(註一)或限定。即被告之自白。亦僅有證據之效力。(二八〇)無束拘法院之效力(註二)但亦有例外採用處分主義者。即(一)告訴乃論之罪。告訴人得於告訴前或第一審辯論終結前捨棄其告訴權或撤回其告訴。(一一九)後詳(二)公訴得於第一審審判

開始前撤回。(二六四I)(三)自訴得於第一審辯論終結前撤回。(三四七I)(四)得捨棄上訴權

(二六六)並得於裁判前撤回上訴。(三五七)(註三)

註一 民訴條例四五、四五六、四四九、二九九II參照

註二 民訴條例三三〇、三三一參照

註三 告訴或請求乃論之舉。捨棄或撤回告訴或請求。並撤回自訴及撤回公訴。均足為起訴權消滅之

原因。(二一九II、三四七II、二六四II、二四三I、二一五II參照)

第四 當事人平等主義與當事人平等主義。

當事人平等主義 (Parteienparitätprinzip) 云者。謂自訴訟程序開始以後至終結為止。兩造當事人

之地位平等也。與此對立者。為當事人不平等主義 (Parteienungleichheitsprinzip)。當事人不平等主義

云者。謂兩造當事人在訴訟程序上之地位不平等。即一造較他造居於優越之地位也。

在告勅主義下之當事人。自以採當事人平等主義為宜。故刑事訴訟法亦係依此原則。原告及被告。於審

判時各得平等盡其攻擊防禦之能事。其稍有例外者。即檢察官於偵察時得將被告傳喚(三五II)。拘

提(四四II)。通緝(五〇II)。羈押(六七II)。訊問。並得施行扣押及搜索(一三八、一四二II)。且得指揮司

法警察官及命令司法警察(二二八、二二九)。凡此均為檢察官之地位優於被告者。但被告於審判時得

有辯護人代理人及輔佐人(一六五、一六八、一七〇、一七二)且於訊問辯論及調查證據時。特為規定與以種種便利(一六〇、一六三、一九八、二〇一、二〇二等)凡此又為被告之地位。優於檢察官者。

第五 實體真實發見主義與形式真實發見主義

實體真實發見主義 (Materiellwahrheitsforschungsprinzip) 云者。謂法院關於事實及證據。不為當事人之意思所拘束。而務期發見實質上真正之事實也。與此對立者。為形式真實發見主義。(Formellwahrheitsforschungsprinzip) 形式真實發見主義云者。謂法院關於事實及證據。恆為當事人之意思所拘束。而僅須發見形式上真正之事實也。

民事訴訟。固以採形式真實發見主義為原則。刑事訴訟。則大異其趣。應絕對採實體真實發見主義(參照二七一、二七八至三〇二等)。在此主義之下。又有次述直接審理主義。言詞審理主義。自由心證主義。第六 直接審理主義與間接審理主義

直接審理主義 (Unmittelbarkeitsprinzip) 云者。謂法院對於當事人及證據。須親自接觸。以蒐集為裁判基礎之訴訟資料也。與此對立者。為間接審理主義。(Mittelbarkeitsprinzip) 間接審理主義云者。謂法院對於為裁判基礎之訴訟資料。無須親自蒐集也。刑事訴訟。採實體真實發見主義。為貫徹此主義。自以採直接審理主義為宜。故刑事訴訟法有下述規定。即(一)審判日期。非當事人出庭。不得審判(二七〇)Ⅲ、

二七二。(二)當事人應於審判官面前陳述及辯論(二七七、二七八、三〇〇等)。(三)被告心神喪失或因疾病不能出庭者。應停止審判之程序(三〇五I)。(四)證人及鑑定人應親自陳述(一〇四、一一七參照)。(五)勘驗應親自實施(一五六)。(六)審判日期應由定數推事始終出庭(二七〇I)。(七)審判開始後推事有更易者。應更新審判之程序(二七六)等是也。

但上述主義。絕對遵守。實際亦有困難。故又有下述例外。即(一)得使受命推事訊問被告(二九七)。(二)得使受命推事受託推事及其他合法官署調查證據(八七II、一一七、一五六II)。(註)(三)偵查筆錄亦得為證據(二七九、二八五、二八九、二九二參照)。(四)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(二七二)。(五)被告拒絕陳述者。得不待其陳述。逕行判決(三一〇)。(六)最重本刑為拘役或專科罰金之案件。被告經傳喚無正当理由不到者。得不待其陳述。逕行判決(三一一)。(七)上訴案件。被告經傳喚無正当理由不出庭者。亦得不待其陳述逕行判決(三八二)等是也。

註 刑事訴訟法第八十七條第二項第一百十七條第一百五十六條第二項。雖未規定發證人鑑定人傳票之權及實施勘驗之權。得由受託推事及其他官署行之。但在偵察中依檢察一體之原則。自亦得囑託他檢察官代行。即在審判中。若有必要情形。如有民事訴訟條例第三百六十二條及第三百四十六條等規定之情形時。自得準用該各規定。由受託推事或其他合法官署調查證據。

第七 言詞審理主義與書狀審理主義

言詞審理主義 (Mündlichkeitsprinzip) 二者。謂法院與當事人及其他關係人之交通。以言詞行之。必依言詞蒐集之訴訟資料。始得為裁判之基礎也。在此主義。凡為裁判基礎之訴訟資料。必使當事人辯論。故又稱曰辯論主義。 (Contradictionsprinzip) 與此主義對立者。為書狀審理主義 (Schriftlichkeitsprinzip) 書狀審理主義云者。謂法院與當事人及其他關係人之交通。以書狀行之。為裁判基礎之訴訟資料。原則上必依書狀蒐集也。

右述二主義。各有短長。刑事訴訟法於判決程序。因係採實體真實發見主義。故亦以採言詞審理主義為原則 (一八〇I)。僅有少數例外。即 (一) 第三審法院之判決。得不經言詞辯論為之 (四〇I)。(二) 第一審及第二審法院之判決。於特定情形。亦得不經辯論。如依刑事訴訟法第三百十七條第三百十八條第三百十九條第三百八十三條等規定所為之判決是也。至於裁定程序。則以多與實體之刑罰權無關。故以採書狀審理主義為宜。刑事訴訟法就此雖無明文。參照第一百八十條第二項規定。自亦得如此解釋。  
釋條(註)〇  
註 參照民訴條例第二百七十四條第一項  
第八 自由心證主義與法定證據主義



自由心證主義 (Freibeweiswürdigungsprinzip) 云者。謂法院就證據之證明力 (Beweiskraft) 得自由判斷 (Beweiswürdigung) 不受法律何等拘束也。與此對立者。為法定證據主義 (Gesetzlichbeweiswürdigungsprinzip) 法定證據主義云者。謂證據之種類及其證明力。以法律規定。法院應受其拘束也。

欲貫徹實體真實發見主義。自以採自由心證主義為宜。故刑事訴訟法第二百八十三條規定此旨。但亦有例外。如第三百二十四條第二百零三條是也。

適用自由心證主義。須注意下述三點。(一)須法律上得為證據者。始得調查。故如風聞謠傳等於法律上不得為證據者。則無此主義適用之餘地。(二)調查證據。須依法律所定之程式。故如證人以書狀陳述。或使人代理到案陳述。均不得作為證言採用。(三)所謂自由判斷。並非謂審判官得隨意判斷。仍須依經驗上之法則 (Erfahrungssatz) 以為合理之推斷。否則即為違背證據法則。亦屬違背法令。得為第三審上訴之理由。

### 第九 審判公開主義與審判密行主義。

審判公開主義 (Öffentlichkeitsprinzip) 云者。謂法院公開其審判之場所。許他人在場也。其中有僅許當事人及其他訴訟關係人在場者。稱曰當事人公開 (Parteiöffentlichkeit) 又有許一般人在場者。稱曰公眾公開 (Volksoffenlichkeit) 通常所謂公開。乃指後者。與此對立者。稱曰審判密行主義 (Heimlichkeit-

springid) 審判審行主義云者。謂法院將其審判秘密行之。不許他人傍聽或窺視也。審判公開與審行。固各有流弊。但前者(一)防止檢察官及審判官之專橫。(二)促進裁判之公平。(三)增長法院之威信。較後者為優。故現時文明國家。均於憲法及法院編制法。極明探照審主義。我國法院編制法及刑事訴訟法。亦有明文規定。應依此原則。違背此原則。即為違背法令。得為第三審上訴之理由。(法編法五五刑訴法三三一—四三九—四)

但右述原則。亦有次述種種限制。

(一) 僅於言詞辯論及經言詞辯論之裁判之宣告有適用。(參照法編法五五)故甲未經言詞辯論之裁判及其宣告(參照一八〇、一八四)乙偵查(三三七)丙裁判之評議(法編法七五)均無適用。

(二) 法院得決議停止為開。但須有應行停止之理由。(例如認為妨害公安或風化之時。參照舊約法五〇)並須將其決議及理由宣示。且其裁判之宣告。仍應公開。(法編法五八)

(三) 審判長於下列諸人得命退出法庭或禁止代理辯護。即甲旁聽之婦孺及服裝不當者。乙有妨害法庭執務或其他不當之行為者。丙律師或非律師代理或辯護。其言語舉動有不當者。凡因此情形由審判長命退出法庭或禁止代理辯護時。均應詳記其事由於筆錄。(法編法六〇、六一、六五)

## 第十 兼審制度。

關於豫審制度。立法例及學說。可大別之爲否定與肯定二派。而在採用豫審制度者之中。又屬區區。(一)有由推事施行者。有由檢察官施行者。(二)有密行者。有公開者。(三)有決定應否起訴者。有決定應否付公判者。(四)有不許於豫審中用辯護人者。有許於豫審中用辯護人者。現代文明國家。大都採用推事豫審並密行豫審之制度。我國舊高等審判廳以下各級審判廳試辦章程及舊刑事訴訟條例亦然。但在舊章程。係決定應否付公判。且不許用辯護人。舊條例則係決定應否起訴。且許用辯護人。又舊刑事訴訟律。則係以檢察官施行豫審。現行刑事訴訟法。則以檢察官已有豫審推事之權限。得爲一切強制處分。遂將舊日之豫審制度廢止。

### 第十一 檢察制度。

檢察制度。乃創自法國。後爲德、英、日本諸國所採用。我國自清季法院編制法施行以後。亦即採用。惟近來頗有持異議者。又有三說。(一)有主張全廢檢察官者。則在菲難檢察官實際活動過少。不如仍沿舊制。反於人才經費均見經濟。(二)有主張只裁檢察官署而不廢檢察官者。(三)有主張僅須對於舊制略加更正者。此二說則因以前審檢兩機關完全獨立。頗有流弊。現行制度即係採用第三說。而回復法院編制法。檢察廳配置於法院之制度者也。

又依現行刑事訴訟法。檢察官於偵查中所有之權限。完全與法院相等。此與他國立法例頗不相符。爲一

重大問題。蓋檢察官依法院編制法解釋。仍為一種司法行政官。而其權限竟完全與法院相同。若將來對於其地位及權限。不如推事與以憲法上之保障與獨立。恐亦於人權保障不無弊害也。

#### 第十二 審級制度。

此即應否設上訴制度並其審級如何之問題。近代立法例。大都排斥單審主義。採用複審主義。惟在複審主義制度之下。立法例亦不一致。又有三審制與二審制及第三審專為法律審制或並為事實審制之種種。我國現時刑事訴訟法仍係以三審制為原則。且第三審法院亦完全為法律審。

#### 第十三 訟費制度。

此即關於刑事訴訟應否採審判有償主義抑採審判無償主義之問題。我國以前均酌採第一主義。現行刑事訴訟法則採第二主義。

#### 第十四 陪審制度。

陪審制度。即使非裁判之專門家而參與裁判也。(Laienbeteiligung) 在歐美發達最久。日本近年亦已參酌施行。可大別之為陪審制 (Jury, Schwurgericht) 與參審制 (Schöffengericht) 二種。二者雖均在於一定條件之下。由公衆中選出一定人員。使之參與裁判。但前者係由陪審員 (Geschworener) 組織陪審。而與推事獨立為事實上之判斷。後者則係由參審員 (Schöffen) 與推事共同裁判。我國現時有反革命案

件陪審暫行法。在該案件。許於一定條件之下。適用陪審。蓋在我國目前。逕行採用一般陪審制度。尚非所宜也。

## 第二章 刑事訴訟法概論

### 第一節 刑事訴訟法之意義

#### 第一 實質之意義。

凡規定刑事訴訟之法。均稱曰刑事訴訟法。此實質之意義也。若從此義。則所謂刑事訴訟法。並不限於一種。故又可稱曰刑事訴訟法規。凡一法令荷其全部或一部之規定。係關於刑事訴訟。則該法令全部或一部。即可謂具有刑事訴訟法之性質。

#### 第二 形式之意義。

單稱國家命名為刑事訴訟法之法典為刑事訴訟法者。此形式之意義也。此項法典。原應以法律之形式定之。現行刑事訴訟法乃係民國十七年七月二十八日公布同年九月一日施行者也。

### 第一節 刑事訴訟法之地位

#### 第一 刑事訴訟法為公法。

法律分為公法與私法。公法者。規定統治關係即國家權力關係之法律也。私法者。規定非統治關係即社

會生活關係之法律也。刑事訴訟法係規定實現國家刑罰權之法律。自屬公法無疑。

### 第二 刑事訴訟法爲程序法。

法律分爲實體法與程序法。實體法者。規定實體上權利義務之法律也。程序法者。規定程序上權利義務之法律也。刑事訴訟法實規定訴訟主體及其他關係人於訴訟上有何種權利或義務。其爲程序法。亦屬無疑。

### 第三 刑事訴訟法與刑法之關係。

刑法爲實體法。乃抽象規定犯罪與刑罰之法律也。刑事訴訟法則爲程序法。而具體規定犯罪如何審判並刑罰如何實施之法律也。二者固大有區別。但有密切之關係。且普通刑法及特別刑法之中。亦間有包含刑事訴訟法規之性質者。

### 第四 刑事訴訟法與民事訴訟法之關係。

刑事訴訟法與民事訴訟法。因各殊其目的。自亦各異其性質。但二者關於程序之規定。亦有可以類推適用者。故除附帶民事訴訟特有明文許其準用民事訴訟法者外。刑事訴訟之程序。以本法無明文並於其目的可許之範圍內。亦可準用民事訴訟法原則之規定或法理。

### 第五 刑事訴訟法與警察法規之關係。

警察法規(Polizei)固係規定行政權之作用。刑事訴訟法則係規定司法權之作用。但行政警察。本兼有司法警察之性質。故警察法規內亦有一部規定。屬於實質之刑事訴訟法。

### 第六 刑事訴訟法與司法行政法規之關係

司法行政法規(Normen über Justizverwaltung)實係規定司法行政權實施之法規。與刑事訴訟法之規定司法權之實施者固大不相同。但司法行政實與刑事訴訟大有密切之關係。尤於各機關之設置監督並裁判之執行等事項為然。故司法行政法規之內。亦包含有實質之刑事訴訟法。例如監獄法之規定是也。

## 第三節 刑事訴訟法之淵源

我國舊日民事訴訟。均未特設專律。訴訟斷獄捕亡等目。僅散見於前清刑律之中。前清末年所施行之高等審判廳以下各級審判廳試辦章程。亦係將民事訴訟合併規定。嗣後起草之訴訟律草案。民事訴訟。始各為一法典。刑事訴訟律草案內第一編第一章審判衙門第四編再理第六編裁判之執行。自民國元年以後。曾先後經書司法部呈准撥用。此外尚有各種特別法令。自舊刑事訴訟條例施行以後。試辦章程私訴規則及援用之草案始行廢止。其餘特別法令。仍屬有效。又南方尚曾一時適用刑事訴訟律草案。自刑事訴訟法施行後始行廢止。故現時稱為實質意義之刑事訴訟法者。其種類尚屬不少。茲僅舉其較重者如次。

- 一 刑事訴訟法 民國十七年九月一日施行
  - 二 刑事訴訟法施行條例 施行日期同上
  - 三 法院編制法 前清宣統元年十二月二十八日奏准民國四年五月重刊
  - 四 修正縣知事審理訴訟暫行章程 民國十三年三月二十日修正
  - 五 刑事訴訟審限規則 民國七年六月五日公布
  - 六 特別刑事法令等計算標準條例 民國十七年九月一日施行
  - 七 扣除在途期間標準令 民國十一年六月十二日司法部令
  - 八 審理無約國人民民刑事訴訟章程 民國十一年一月二十五日公布
  - 九 檢察廳調度司法警察章程 前清宣統二年四月四日奏准
  - 十 增訂檢察廳調度司法警察章程 民國三年四月四日公布
- 第四節 刑事訴訟法之效力**
- 第一 關於事物之效力。

刑事訴訟法能適用者。僅以通常刑事訴訟為限。至於特別刑事訴訟。各應適用其特別法。除該法有明文外。不得準用刑事訴訟法之規定。



## 第二 關於土地之效力。

刑事訴訟法標規定刑罰權之實施程序。故應依屬地主義。關於（一）民國領域內之刑事訴訟。及（二）民國領域內之共助程序。均有適用。至於外國之裁判。不但不能在國內執行。且該罪尚得依刑事訴訟法追訴。（參照刑法第八條）但應依國際法引渡犯人。自不待言。

刑事訴訟法之效力。雖僅得及於本國領域以內。但依刑事訴訟法所得追訴之犯罪。其範圍應依刑法。故刑法所得適用之國外犯罪。（刑法五至七條）仍得依本法追訴。

## 第三 關於人之效力。

凡應受刑法適用之人。均應受刑事訴訟法之適用。原無關於國籍之內外。但有例外。即對於有治外法權之人。及有領事裁判權之外國人。不能適用。故對於此等人。不但不得以爲被告。即爲第三人之時。（如應爲證人鑑定人或應受扣押搜索之時）亦不受刑事訴訟法的適用。又對於軍人。以其不受通常法院審判。故亦不得依刑事訴訟法以爲被告。但爲第三人時。仍應受刑事訴訟法之適用。

## 第四 關於時之效力。

刑事訴訟法關於時之效力。已於中華民國刑事訴訟法施行條例設有詳細規定。略言之。仍係遵守法律不溯既往之原則。故在施行後所發生之犯罪。應適用本法。國不待言。即施行前所發生之犯罪。亦得依本

法追訴處罰。至於施行前已成刑事訴訟者。則其依舊法所爲之訴訟程序。自仍屬有效。唯以後應依本法終結而已。(參照施行條例各條)

### 第五節 刑事訴訟法之法例

第一 犯罪非依本法及其他關於刑事訴訟之特別法。不得追訴及處罰。(一) 此蓋示明雖有普通刑法或特別刑法所規定之具體犯罪事實發生。國家已有刑罰權。而其確定及實施。仍有待於普通刑事訴訟法及特別刑事訴訟法之適用。須依本法或他法所定程序以爲偵查起訴審判執行等行爲。至於此項規定。須依法律之形式制定。則各國憲法均有明文。(參照舊約法六)又本條所稱犯罪。乃指一切犯罪而言。故不僅對於適用本法之犯罪應行遵守本條規定。即對於適用特別刑事訴訟法之犯罪。亦應遵守本條規定也。

第二 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。(二) 此係示明對於被告施行刑事訴訟程序時。應本母枉母縱之精神。凡於被告有利及不利之訴訟資料及其他一切情形。均應爲同等之注意。此所謂施行刑事訴訟程序之公務員。即指司法警察司法警察官檢察官法院審判長受命推事受託推事而言。此等人員。往往側重於被告不利益之方面。故法律特爲此訓示規定也。

第三 本法稱當事人者。謂檢察官自訴人及被告。(三) 此雖係因刑事訴訟法常稱當事人。故不得不首爲示明其文例。然特爲定明檢察官及被告爲當事人。亦所以杜學說上之爭議。而標揭二者地位平等之本旨也。惟被告之地位。非僅爲當事人。當於後述。

第四 本法稱親屬者。依刑法第十一條之規定。(四) 此亦爲文例之規定。因刑事訴訟法後此常單稱親屬。自須特爲定明其範圍也。即依刑法第十一條之規定。稱親屬者。一爲夫妻。二爲四親等內之宗親。三爲三親等內之外親。四爲二親等之妻親。

## 第六節 刑事訴訟法之解釋

### 第一 解釋之意義

刑事訴訟法之解釋云者。確定刑事訴訟法各規定之意義也。通常於學者之著述。雖亦稱曰解釋。但真正之解釋。應指法院之裁判。即所謂有權解釋也。學者之解釋。僅足以促世人之研究。供法院之參考。究無法律上之拘束力。若不能得法律正確之意義。爲害猶小。若法院之解釋。則係本於職權而爲。有法律上之拘束力。萬一不能得法律正確之意義。則爲害實大。現時法院及律師似於刑法訴訟法之實施及運用。尙多付等閒。故訴訟程序。在他國最易成問題者。在我國尙迄未注意。法律之解釋。本以適用爲歸宿。刑事訴訟法尙無真正之適用。自更無豐富之解釋與判例也。

## 第二 解釋之方法。

刑事訴訟法。亦如他法之解釋方法。應並用文理解釋與論理解釋。故擴張解釋與縮小解釋。固可用之。即類推解釋。於不背刑事訴訟法固有精神之範圍內。亦可許之。

學者通常均謂刑事訴訟法應嚴格解釋之。然以不可概論。蓋刑事訴訟法與刑法之目的不同。總須便利與正確二者並重。苟於實際便利。而又不違背立法之本旨。自不必拘泥於法條之文字辭句也。

## 本論

## 上部 總論

## 第一編 訴訟主體

### 第一章 法院

#### 第一節 概說

法院有廣狹二義。自廣義言之。凡掌管一切司法事務及特定司法行政事務之機關。概稱曰法院。法院編制法所稱之法院。即此義也。若從此義。則其組織之職員有各級法院長官、庭長、檢察長、首席檢察官、推事、檢察官、書記官長、書記官、翻譯官、承發吏、庭丁。自狹義言之。則專指審判民刑事訴訟案件之機關而言。民事訴訟

條例及刑事訴訟法所稱之法院。即此義也。(法院編制法則稱曰審判衙門)若從此義。則其種類為獨任推事及合議庭。其組織之職員。獨任推事為推事一員。合議庭為推事三員。或五員。(法編法五至七)刑事訴訟法所謂法院編制是否合法(參照三九一)者。即指其組織職員是否合於法定之資格及員數也。合議審判。以庭長為審判長。餘稱曰列席推事。(二九六)審判長之權有兩種。有代表法庭者。如指揮訴訟。訊問。宣告判決等是。有獨立行使者。如指定辯護人。(一七〇一七一)指定受命推事(二九七)等是。獨任審判。則以該推事行審判長之權。(法編法八)審判長於庭員中指定一人命其訊問被告或調查證據者。曰受命推事。(二九七)審判長或獨任推事受託推事囑託他法院之推事調查證據者。曰受託推事。(參照四二七)

## 第二節 法院之管轄

### 第一款 概說

一國之訴訟案件。種類既繁。件數尤多。使非有多種法院設置國內。分配審判。則不但徒呈糾紛。於訴訟關係人不便。亦非所以昭示慎重之道。故必以法律設立多種法院。並將其審判案件之範圍明白劃分之。(註)各法院分配案件之範圍。稱曰管轄。(Zuständigkeit)定此範圍之標準。有因於職務之種類者。稱曰職務管轄。(Funktionelle Zuständigkeit)有因於案件之種類者。稱曰事物管轄。(Sachliche Zuständigkeit)有因於土地之關係者。稱曰土地管轄。(ortliche Zuständigkeit)職務管轄。乃就各審級法院言之。其目的在定

各審級法院案件之分配。事物管轄及土地管轄。則專就第一審法院言之。其目的在定第一審法院案件之分配。

註 法院之設立廢止及管轄區域之分割或其變更。應以法律定之。法律編制法第十一條有明文規定。各法院就分配範圍內事項得為審判之權。稱曰管轄權。與審判權有別。蓋後者係抽象指一般法院就司法權範圍內事項得為審判之權也。在民事訴訟法固不問法院無審判權與無管轄權。均應為駁斥之判決。（參照民訴條例二九〇I。四七〇）刑事訴訟法則法院無審判權時。應諭知不受理之判決。（二二八）無管轄權時。應諭知管轄錯誤之判決。（三一九）

## 第二款 職務管轄

職務管轄。依法院編制法所定。（原一六、一九、二七、三六）法院有四級。即初級法院。地方法院。高等法院。最高法院。（原稱初級審判廳。地方審判廳。高等審判廳。大理院）而審判則僅須經過三審。由初級法院為第一審法院者。則以地方法院為第二審法院。高等法院為第三審法院。由地方法院為第一審法院者。則以高等法院為第二審法院。最高法院為第三審法院。所謂四級三審制是也。（註一、二）但依刑事訴訟法則由高等法院為第一審法院者。僅有二審（三八八）又初級法院為第一審法院之案件。其最重本刑為一年以下有期徒刑拘役或專科罰金之罪者。亦僅有二審（三八七）又有所謂抗告法院。則管轄不服下級法院裁定而抗

管之案件。依下級法院之不稱。或為地方法院或為高等法院或為最高法院。

註一 初級法院已於民國三年四月三十日廢止。唯又設立地方法院簡易庭或地方分庭。仍受理初級法院管轄之案件。

註二 依法院編制法第二十一條第二十八條。地方廳及高等廳得設分廳。又第四十條。大理院得設分院。此分廳或分院之管轄。自與各本廳或本院之管轄同。

## 第二款 事物管轄

事物管轄。依刑事訴訟法所定。如次述。

第一 初級法院之事物管轄。即初級法院。就左列案件。有第一審管轄權。(八)

一 最重本刑為三年以下有期徒刑或專科罰金之罪。但刑法第一百三十五條至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。第二百八十三條第四項及第二百九十一條之殺人罪。第二百零一條之傷害罪。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 地方法院之事物管轄。

凡不屬初級法院或高等法院管轄第一審之案件。地方法院有第一審管轄權。(九)

第三 高等法院之事物管轄。即高等法院就左列案件。有第一審管轄權。(一〇)

一 內亂罪。

二 外患罪。

三 妨害國交罪。

前述犯罪之管轄。其以罪名定者。固不生問題。其以刑名定者。則不無疑義。故刑事訴訟法為明白規定如次。

(一一二)

第一 犯罪依最重本刑定法院之管轄。



第二 犯罪依刑法應加重或減輕本刑者。仍依本刑定法院之管轄。

#### 第四款 土地管轄

土地管轄。乃使與一定範圍內之土地有關係之案件。屬於該土地內法院之管轄。此一定範圍內之土地。稱曰法院之管轄區域。(Gerichtssprengel) 被告在此區域內。即有受該法院審判之權利義務。此權利義務關係。稱曰審判籍。(Gerichtstand) 審判籍與土地管轄。本為同一觀念。故學術上亦稱土地管轄為審判籍。定土地管轄之標準。刑事訴訟法第十三條有明文規定。即為犯罪地。或被告之住所。或所在地。在民國領域外之民國船艦內犯罪者。則為船艦之本籍地。或犯罪後停泊地。此五種標準。於法律上均屬同等。並無優劣之差。故只須有其一在某法院之管轄區域內。該法院即有土地管轄權。其同級檢察官即得偵查起訴。

#### 第一 犯罪地之審判籍。(forum delicti Commissi)

犯罪地之意義如何。略有五說。即(一)行為地說。(二)結果地說。(三)中間現象地說。(四)行為及結果地說。(五)犯罪構成要件地說是也。余以最後說為是。故凡構成犯罪要件之事實發現之地。均有審判籍。茲就左列犯罪。示其適用。

一 教唆犯。應以實施正犯之犯罪地及教唆行為地為其犯罪地。

二 從犯。應以正犯之犯罪地及幫助正犯或教唆從犯之行為地為其犯罪地。

三 間接正犯。應以被使用者之行為及結果地並使用者之行為地為其犯罪地。

四 未遂犯。應以未遂之行為地及未遂之結果地為其犯罪地。

五 豫備犯。應以豫備行為地為其犯罪地。

六 陰謀犯。應以陰謀行為地為其犯罪地。

七 不作為犯。應以不作為地及應作為地為其犯罪地。

### 第二 住所或居所地之審判籍。

住所居所。應從民法上之意義。即住所。民法第一編第二十條第一項已有明文規定。即謂以久住之意思而住居之地域。居所。民法雖無明文規定其意義。但在學說上亦已一定。即謂暫時居住之處所。二者之區別。乃在居住人之意思。一則僅有暫住該地之意思。一則須有久住該地之意思。至居所地與寄寓地（註）及所在地之區別。則後二者一則僅稍久潛在。一則僅現時停駐。而均無居住該地之意思也。以被告住所或居所地定審判籍者。尚僅少數立法例。刑事訴訟法特設此規定者。蓋以專依犯罪地定審判籍。過於固定。此則稍為流動。且於被告在外國犯罪時亦便於追訴也。

註 民訴一七參照

### 第三 所在地之審判籍 (forum domicilii)

所在地乃謂被告現時身體所在之處所。只須起訴時現在其地。該地之法院。即有管轄權。至其現在是否出於任意。抑出於強制。在所不問。(註)

註 主張僅被告任意現在地。始有審判籍之學者亦不少。

#### 第四 民國船艦內犯罪之審判籍

適用此項規定。有二要件。即(一)須犯罪在民國船艦內。(二)須船艦於犯罪時在民國領域外。刑事訴訟法於上開審判籍外。更規定船艦之本籍地或犯罪後停泊地為審判籍者。蓋為此際多難定犯罪地。並於偵查及調查證據較為便利故也。故學者又謂此等地為擬設之犯罪地。所謂民國船艦者。乃謂中國國家所有或所用之船舶艦艇及有中國國籍之海船也。所謂民國領域外者。即謂依國際公法中國主權所及之區域外也。所謂船艦之本籍地者。即謂該船艦依法令已定之船籍地也。

#### 第五款 管轄之合併

將屬於二以上法院管轄之案件。合併於一法院受理。謂之管轄之合併。刑事訴訟法就牽連案件及管轄競合。設有規定。分述之如次。

#### 第一 牽連案件

(一) 牽連案件之意義。牽連案件。大別之可為兩種。即一人犯數罪。所謂主觀之牽連。與數人犯數罪。

所謂客觀之牽連是也。刑事訴訟法第十四條更設有詳細規定。分爲左列五種。

甲 一人犯數罪者。

乙 數人共同犯罪者。此即謂數人共同犯同一之罪或各別之罪之時。通常皆爲共犯之關係。

丙 數人同謀犯罪者。此即謂數人雖係各別犯罪而出於共同謀議之時。乃就難認有共犯關係時

所爲之補充規定也。例如甲乙丙三人協議。一在保定殺人。一在北平強盜。一在天津放火之時是

丁 數人同時在同一處所各別犯罪者。此即學說上所謂同時犯。各犯罪並無共犯或同謀之關係。

僅有同時同地之關係而已。

戊 犯與本罪有關係之藏匿犯人及湮滅證據罪爲證罪贓物罪者。此其條件須該各罪與本罪有

關係。

(二) 牽連案件之合併管轄。(法條稱曰併案受理)(註)

註 二二一尚有併案偵查之規定。

甲 事物管轄不同者(即法條所謂屬於二以上之不同級法院管轄者)依左列情形分別辦理。

1 各法院尙未受理即未經起訴者。得由上級法院併案受理。(一五I)即與上級法院同級之檢察官。得將屬於下級法院管轄之案件。一併向上級法院起訴。至該下級法院是否在上級法院之

管轄區域內。可以不問。法條僅定爲得併案受理並非應併案受理也。

2 各法院已各別受理即已各別起訴者。上級法院得命管轄內之下級法院。將案件移送上級法院併案受理。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。有不同意者。得由共同之上級法院命將案件移送上級法院併案受理。(一五II)此亦僅得併案受理。非應併案受理。各該案件既已各別起訴。則已於上下級法院各別發生訴訟拘束。上級法院併案受理。自有由下級法院移送之必要。此移送命令。應分別由該上級法院或共同上級法院以裁定之形式爲之。下級法院依此裁定。即與該案脫離繫屬。

由上級法院併案受理之案件。適用該上級法院之訴訟程序。(一六)此係當然規定。蓋下級法院之案件。既已移送於上級法院。以後自應依上級法院之程序也。

乙 事物管轄相同者(即法條所謂屬於二以上之同級法院管轄者)依左列情形分別辦理。

- 1 各法院尙未受理者。得由其中一法院併案管理。(一七I)此可參看上1之說明。
  - 2 各法院已各別受理者。經各該法院及檢察官之同意。得由其中一法院併案受理。有不同意者。得由共同之上級法院命將案件移送其中一法院併案受理。(一七II)此可參看上2之說明。
- (三) 牽連案件之分離管轄。(法條稱曰分別受理)

上述併案受理之案件。如再有不便。得依第十五條第二項或第十七條第二項規定。仍由各該法院分別受理。(二五Ⅲ、二七Ⅲ)此分別受理。亦應由併案受理之法院。以裁定之形式諭知。經此裁定。一則就該案件脫離繫屬。一則取得繫屬。

第二 管轄競合。管轄競合者。同一案件。二以上法院均有管轄權也。刑事訴訟法於各法院均已受理時。設有規定如次。

- (一) 事物管轄不同者。不同級法院。就同一案件。均有管轄權。而能合法受理者。唯牽連案件有之。由上級法院繼續受理之。(一八)此即就同一案件已繫屬於上級法院及下級法院時之救濟規定也。法律定為應專由上級法院受理者。蓋為被告之利益也。故此時下級法院應依第三百十九條為判決。
- (二) 事物管轄相同者。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繼續受理。(一九)此即就同一案件已繫屬於二以上同級法院時之救濟規定也。原則應由受理在後之法院。依第三百十九條為判決。例外由共同上級法院。命受理在後之法院繼續受理者。則應由受理在前之法院為該項判決。

## 第六款 管轄之指定

第一 指定管轄之意義。

指定管轄云者。上級法院以裁定確定下級法院之管轄權也。凡就職務管轄事物管轄土地管轄發生問題時。均可指定。且不僅對於第一審法院得為指定。即對於第二審或第三審法院。只須有上級法院。亦得為指定。

第二 指定管轄之原因。有左列原因之一者。應指定管轄。(一〇)本條規定。於各審級法院均有適用。受指定之法院。即因此而確定有管轄權。

(一) 二以上之上級法院。於管轄權有爭議者。此不問積極之爭議或消極之爭議均可。

(二) 二以上之上級法院中一法院有管轄權。而依確定判決認為無管轄權者。此即指裁判錯誤之時也。

### 第三 指定管轄之程序。

(一) 法院及檢察官自訴人被告均得請求指定管轄。(註)

註 刑事訴訟法第二十二條雖僅規定當事人聲請之程式。但該有爭議之法院。仍亦應解為得請求指定。並其程式。亦可準用該條規定。

(二) 當事人請求指定者。應以聲請並用書狀敘述理由。向該管法院為之。(二二)所謂理由。即指定管轄之原因事實也。所謂該管法院。即指第二十條第一項所稱之共同上級法院也。

- (三) 共同上級法院。於有指定之原因時。雖無請求。亦得依職權爲之。(一〇)
- (四) 指定管轄。無論係依請求或依職權。均應以裁定爲之。(三)此裁定得全依書面審理。且毋庸敘述理由。亦不得抗告。(一八〇II、一八二四一五)但聲請指定而認其爲不合法或無理由時。則應爲駁回之裁定。此則應敘述理由。但亦不得抗告。(一八二四一五)

### 第七款 管轄之移轉

#### 第一 移轉管轄之意義。

移轉管轄云者。上級法院以裁定將下級法院之管轄權移轉於他同級法院也。此亦就各種管轄發生問題時均得爲之。且不限於第一審法院。對於第二審第三審法院亦得爲之。又管轄之移轉。與案件之移送不同。後者乃由無管轄權之機關。將案件移送於有管轄權之機關也。(參照二二三、二一九)又與案件之發交。亦屬不同。蓋發交係上級法院於撤銷原審判決時。以判決將案件發交他同級法院也。(參照四一

#### (三)

第二 移轉管轄之原因。有左列原因之一者。應移轉管轄。(二)本條規定。於各審級法院亦均有適用。受移轉之法院。亦因此而確定有管轄權。

(一) 法院因法律或事實不能行使審判權者。例如法院因推事迴避不能繼續合議庭。或因戰事梗阻



不能解送被告之時是也。

(二) 因特別情形恐審判妨害公安或有不公平之虞者。例如因當地人心激昂。恐審判時起暴動。或該法院之推事亦難免偏袒之時是也。

### 第三 移轉管轄之程序。

(一) 法院及當事人均得請求移轉管轄(註同前款第三項)

(二) 當事人請求指定者。應以聲請並用書狀敘述理由。向該管法院為之(二二)所謂理由。即移轉管轄之原因事實也。所謂該管法院。即第二十一條所稱之直接上級法院或再上級法院也。

(三) 直接上級法院及再上級法院。亦均得依職權移轉管轄(二二)

(四) 移轉管轄。亦應以裁定為之(二二)

餘可參看前款指定管轄之說明。

### 第八款 管轄之效力

第一 法院之管轄。應依職權調查之(五)故不問第一審法院或上級法院。雖未經當事人抗辯或上訴。亦應隨時自行調查。不問其訴訟程度如何。(參照三八一、四〇五)且認為無管轄權時。亦應依職權為適當之處置。不能為當事人之意思所拘束。

第二 關於刑事之管轄規定。均為專屬。且應強行。除依法合併、指定、移轉者外。不得由當事人以合意變更。

第三 案件依法合併偵查或受理者（一五Ⅰ、Ⅱ、一七Ⅰ、Ⅱ、二二Ⅰ）在未依法分離以前。以後即專屬於該法院之管轄。他法院更無管轄權。

第四 案件依法繼續受理者（一八、一九）以後亦專屬於該法院之管轄。他法院更無管轄權。

第五 案件經指定或移轉管轄者（二〇、二一）在指定或移轉之裁定未撤銷前。亦專屬於該法院之管轄。他法院無管轄權。

第六 檢察官知有犯罪嫌疑而不屬其管轄者。或於偵查後認為案件不屬其管轄者。應即分別通知或移送管轄檢察官偵查（二二、二三）。

第七 法院認為案件不屬其管轄者。應諭知管轄錯誤之判決。並將該案件移交管轄法院審判。但認為應屬下級法院管轄時。仍應繼續審判之（二二、二九）。

第八 管轄區域外之事項。通常固應依協助程序辦理。但於發見事實有必要時。不問為法院或受命推事檢察官。自得於管轄區域外行其職務（註）。

註 日本刑事訴訟法第十一條第二百五十二條設有明文規定。刑事訴訟法雖無明文。亦得為同一解釋。

第九 訴訟程序不因法院無管轄權而失效力。(六)故案件於移送該管檢察官或該管法院(二二三、三一九)時。其以前在偵查或審判中所爲之各訴訟行爲。並不因之失效。尤於強制處分爲然。(例如羈押扣押)又保存此各項行爲之筆錄。如被告訊問筆錄。調查證據筆錄。審判筆錄等。亦可證爲據。(參照二七九、二八〇、二八五、二八九、二九二等)惟在管轄法院。應將審判程序更新。乃不待言。又無管轄權法院所爲之終局實體判決。不能認其合法。得由上級法院依法撤銷。亦屬當然。

第十 法院雖無管轄權。若在急迫之際。應於其管轄區域內爲必要之處分(七)此示明法院對於其繫屬中之案件。認爲無管轄權時。固應諭知管轄錯誤及移送之判決。通常不得更爲其他之審理。但如遇有急迫情形。仍應於其管轄區內。爲必要之處分。例如強制處分或其他調查證據之處分。仍應爲之是也。但須限於有繫屬之案件。若本未繫屬或已脫離繫屬者。仍不得爲之。法條雖僅就法院規定。檢察官及受命推事。自亦應準用。(註)

註 日本刑事訴訟法第十三條第二項就預審推事及受命推事有明文規定。

第十一 法院認爲管轄錯誤或有管轄權係不當者。得爲上訴之理由。但有次述限制。

- (一) 對於上級法院之判決。不得以該案件應屬下級法院管轄爲理由而上訴。(三七六)
- (二) 得爲第三審上訴理由。僅以法院所認事物管轄之有無係不當者爲限。(三九一、五)

第十二 法院於判決前關於管轄所爲之裁定。除得與判決同時聲明不服外。不得獨立聲明抗告。(四一

五)

第十三 上級法院認下級法院所認有無管轄權係不當者。應以判決撤銷原審判決。並分別辦理如次。

(一) 第二審法院認原審判決諭知管轄錯誤係不當者。將該案件發回原審法院。(三八五II)或發交其他管轄法院審判。又認原審判決認爲有管轄權係不當者。如第二審法院有第一審管轄權。應爲第一審審判。(三八五III)如無第一審管轄權。應將該件發交有第一審管轄權之法院。

(二) 第三審法院認原審判決諭知管轄錯誤係不當者。應將該案件發回原審法院審判。並於必要時得逕行發回原第一審法院審判。(四一一)又認原審判決認爲有管轄權係不當者。應將該案件發交管轄第二審或管轄第一審之法院審判。(四一二)

第十四 法院雖無管轄權。而其所爲之本審判決。並非根本無效。只得依上訴或非常上訴攻擊。如已確定時。仍得據以執行。(註)

註 依舊大理院判例。無管轄權法院所爲本案判決。並非根本無效。可參照下述判例。查甲縣署既將被告依刑律第二百八十三條處斷。乙縣署所爲第二審審判。是否管轄錯誤。及高等廳所爲駁回上告之決定。是否正當。固不能謂毫無關係。然前項裁判既經確定。在未依法撤銷以前。亦不能視作無效。乃上

告人竟將原告訴人呈訴不服之原狀送請原審再爲第二審審判。自無予以受理之理。（大理院民國七年上字八二五號）

### 第三節 職員之資格

#### 第一款 概說

組織廣義法院之職員種類甚多。已如前述。其中執行司法事務之職員。僅有推事、檢察官、書記官、承發吏、繙譯官。此從法院編制法。刑事訴訟法稱曰通譯。庭丁六種。推事、檢察官、書記官及承發吏之資格。法院編制法設有規定。即第一百六條至第一百十二條第一百十八條第一百十九條第一百二十條第一百二十九條第一百四十八條等是也。繙譯官之資格。則僅東省特別區域法院繙譯官條例設有規定。此等資格。學者稱曰絕對資格。嚴格言之。凡各員不合於所定之資格者。即不得執行職務。尤於推事之資格爲然。以不合資格者充任推事。使之執行職務。亦係刑事訴訟法第三百九十一條第一款所謂法院之編制不合法之情形也。

法院及檢察處之職員。不具備絕對資格。而執行職務。其行爲固屬違法。但亦非絕對無效。故本於該行爲以爲判決之時。僅是爲上訴或非上訴之理由。在未經撤銷以前。判決仍屬有效也。（參照刑訴法三九一、四三三）

法院及檢察處職員。雖具備絕對資格。而於特定案件。因有特定原因。或當然不得執行職務。或經裁定認為不得執行職務。此即所謂迴避 (Ausschliessung) 是也。(註)學者稱曰相對資格。違背迴避規定。而執行職務。其行為亦與不具備絕對資格時相同。係屬違法。但非絕對無效。法院本於該行為以為判決。僅得為上訴或非常上訴之理由。在未撤銷以前。仍屬有效。(參照三九一、二、三、四三三)

法院及檢察處職員。是否合於資格及不違背迴避規定。法院應不問訴訟程度如何。隨時依職權調查。苟不合資格或不違迴避規定。則其訴訟程序為違法。當然影響於其判決。(參照三九一、三九二)上級法院應將該判決撤銷。發回該法院更為判決。

註 前經援用之民刑事訴訟律草案。推事當然不得執行職務者。始稱曰迴避。由當事人聲請而經法院決定認為正當。或經該推事認為正當不得執行職務者。稱曰拒却。由推事聲明而經法院決定認為正當不得執行職務者。稱曰引避。民刑事訴訟條例及刑事訴訟法。則係仿各級審判廳試辦章程。概稱曰迴避。

### 第一款 推事之迴避

依刑事訴訟法所定。推事就特定案件。不得執行職務之時有二。即應自行迴避與裁定認聲請迴避有理由(參照三九一、二、三)是也。分述之如次。

第一 應自行迴避者。

(一) 應自行迴避之原因。須有左列情形之一。(二四、二五)

甲 推事為被害人者。所謂被害人。乃指因現所審理之犯罪行為直接受損害之人。本款則須推事本人為被害人。故雖曾由被告直接侵害法益。而非由於現所審理之犯罪行為。或現所審理之犯罪行為。僅係間接侵害其法益。例如被告侵佔公司財產推事亦為股東之時。均不能謂為被害人也。

乙 推事為被告或被害人之親屬者。其親屬關係消滅後亦同。親屬之意義。刑事訴訟法第四條已有規定。即依刑法第十一條之規定。(註)

註 嗣親嗣子關係固可包括於刑法第十一條第二款之內。養親養子關係則否。民事訴訟條例明定此項關係為迴避原因。刑事訴訟法雖無明文。但由刑法第十一條第二款類推解釋以解為迴避原因為宜。

丙 推事為被告或被害人之未婚配偶者。未婚配偶。即已定婚而未成婚之人。

丁 推事為被告或被害人之法定代理人。監督監護人。保佐人。或曾居此等地位之人者。法定代理人監督監護人保佐人應從民法規定。(註一、二)

註一 公司之董事商業經理人船長等。在民法上是否為法定代理人。應有待於成文法之規定及

解釋。民事訴訟條例稱之爲法定委任代理人。惟以其性質與法定代理人相類似。故同條例於第九十三條規定。準用法定代理人之規定。刑事訴訟法就此等人別無規定。應解爲此等人如於該案件爲代理人者。則適用次款。否則應準用本款。

註二 監護人本可包括於親屬或法定代理人之內。故本款僅舉監督監護人。又親屬會員。民事訴訟條例亦列入本款。刑事訴訟法則否。自不得同一解釋。僅得爲第二十六條第二款之原因。

戊 推事於該案件曾爲被告之辯護人、代理人、或自訴人之代理人者。此所謂該案件（後同）即推事現所審判之案件。須於形式上爲同一案件且現尙繫屬中者始可。至如何始得稱爲同一案件。不當僅就主觀論之。並當就客觀論之。故推事在他案件爲同一被告之辯護人、代理人、或自訴人之代理人者。不得適用本款。

己 推事於該案件曾爲證人或鑑定人者。此須以證人曾爲證言、鑑定人曾爲鑑定者爲限。若僅定爲證人、鑑定人或僅被傳喚到案者。尙不得適用本款。（註）

註 依刑事訴訟法得拒絕證言者。除第九十八條所列各人得分別適用上述各款外。餘第九十九條第一百條所列各人。苟已拒絕未爲證言。亦不得適用本款。僅得爲第二十六條第二款之原因。庚 推事於該案件曾行使檢察官或司法警察官職務者。所謂司法警察官。應從刑事訴訟法第二



百二十七條、第二百二十八條之規定。又所謂檢察官之職務。固包括偵查犯罪、提起公訴、實行公訴、指揮執行等而言。若司法警察官之職務。則僅有偵查犯罪之一種。（參照二二七、二二八）又於本案。件曾行使司法警察之職務者。（參照二二九）雖未規定。仍得類推解釋。應適用本款。

辛 推事於該案件曾參與前審者。所謂參與前審者。應指現被聲明不服之裁判。曾於下級審參與者而言。（註一一）故在發回更審案件、再審案件、非常上訴案件等。僅在本審法院前次參與該裁判者。不得適用本條。又僅於下級審參與辯論、調查證據、宣告裁判、或為受託推事者。亦不得適用本條。又雖曾在下級審參與他種裁判。而於現被聲明不服之裁判或其直接下級審裁判。並未參與。例如前在下級審所參與者為判決。而現在上級審所審判者為另一裁定之抗告。則亦不得適用本條。

註一 參照民事訴訟條例第四十二條

註二 刑訴法第二十五條單稱於上訴審應行迴避。似僅指參與判決者而言。（上訴僅為判決之聲明不服方法）但參與下級審之裁定者。於抗告審亦應迴避。自無疑義。

(二) 應自行迴避之效力。

甲 推事於有應自行迴避之原因時。即當然不當執行職務。刑事訴訟法亦明白規定此旨。既汎稱曰不得執行職務。則凡一切審判行為。自均不得為之。但宣告裁判。僅屬公開審判之一形式。苟未參與

該裁判之審理及評議(參照三二六)自仍得參與。

乙 當事人認推事有應自行迴避之原因者。得不問訴訟程度如何。隨時聲請其迴避。(二七丁)故只

須該推事尚在執行職務。即得向其所屬法院聲請裁定不得執行職務。但案件已經該推事終結。則

已無再執行職務之機會。自不得更為此項聲請。只有對該裁判聲明不服而已。

丙 推事有無應自行迴避之原因。不問訴訟程度如何。法院應依職權調查之故。(一)管轄聲請迴避

之法院若認推事有此原因者。應依職權為迴避之裁定。(三三二)(註)(2)上訴或抗告法院。雖未

經當事人就此聲明不服。而前審法院之推事有此原因者。應為撤銷及發回或發交之裁判。

註 此項裁定。僅為內部程序。故毋庸依通常規定(一八七)送達於當事人(三三三)且毋庸敘述

理由亦不得抗告(一八二、四一五)

丁 推事有應自行迴避之原因而仍執行職務者。其職務上之行為。均屬違法。故其審理或調查之結

果不得以為裁判之基礎。但其所為裁判。並非根本無效。只得依上訴、抗告、非常上訴等存法。聲明不

服在未撤銷以前。仍屬有效。(註)

註 參照本節第一項。

戊 推事於應否自行迴避有疑義者。得請該管聲請迴避之法院裁定之。(三三一)請求程式。未經法

律規定。自得以任何方法爲之。所謂該管聲請迴避之法院。即第二十九條第一項及第三項第四項所定之法院也。又此項裁定。亦因其爲內部程序。毋庸送達當事人（三二Ⅲ）且無論其裁定應否迴避。均毋庸敘述理由。亦不得抗告（一八二、四一五）但雖經裁定不應迴避。而當事人如認爲實有迴避原因。仍得依刑事訴訟法第二十七條第一項第二十八條第一項聲請迴避。并得以爲上訴之理由。又如經裁定應自行迴避。推事仍執行職務。自屬違法。

## 第二 裁定認聲請迴避有理由者。

### （一）聲請迴避之原因。須有左列情形之一。（二六）

甲 推事有應自行迴避之原因而不自行迴避者。

乙 足認推事執行職務有偏頗之虞者。此所謂有偏頗之虞。即有具體事實。在一般人亦足疑其將爲不公平之審判者而言。故第一須有具體事實。如推事與被告或自訴人有親交嫌怨等。第二須一般人居該當事人地位。亦將爲同一疑慮。不能僅依當事人之主觀。

### （二）聲請迴避之程序。

甲 聲請爲訴訟法上之權利。其主體法條雖僅揭明當事人（二六、二七）即僅爲檢察官、被告、自訴人。但應解爲附帶民事訴訟之原告及刑事被告以外之附帶民事訴訟被告。亦得爲之（註一）惟僅爲

告訴人則不得爲之。又附帶民事訴訟之原告，亦不得於公訴或自訴之審判，聲請推事迴避。至被告之辯護人及法定代理人保佐人配偶，并自訴人之法定代理人保佐人配偶，亦應解爲得爲被告或自訴人聲請推事迴避。(註二)

註一 附帶民事訴訟之原告，應依刑事訴訟法所定原因，聲請推事迴避。刑事訴訟法無規定而推事另有民事訴訟法所定原因者，亦得聲請迴避。(五〇七II) 至附帶民事訴訟之被告，不限於刑事被告。(五〇六) 故刑事被告以外之被告，亦得聲請推事迴避也。

註二 被告或自訴人之法定代理人保佐人配偶，既得爲被告或自訴人獨立提起上訴或自訴。(參照三五九、三三八I) 自亦得聲請推事迴避。至辯護人得爲被告聲請推事迴避更無容疑。

乙 聲請時期。如以推事有應自行迴避之原因爲理由者，除該推事已再無訴訟行爲可爲者如(通常均係該法院之訴訟程序已經終結)(註)別無限制。(二七I) 如以推事執行職務有偏頗之虞爲理由者，則於審判開始後，已就該案有所聲明或陳述者，不得者之，但於爲聲明或陳述後，原因始行發生，或當事人始行知悉者，仍得爲之。(二七II) 所謂審判開始，即書記官朗讀案由之時。(二七五) 又所謂有所聲明或陳述，係指對於該推事或該推事組織之法院曾爲聲明或陳述者而言。只須就該案爲之，則不問其爲本案抑爲其他事項，但須能就該聲明或陳述足以推知其已無求該推

事迴避之意思者始可。

註 若該推事已再無訴訟行為可爲。即再無職務可以執行。雖對之聲請迴避。亦無實益。故雖本無時期限制。於此時亦應解爲不得聲請。只得於上訴時聲明不服。

丙 聲請迴避。應以書狀向推事所屬之法院爲之。(二八一)此所謂所屬法院。即該推事供職之法院。與案件繫屬之法院。不盡相同。蓋在羈任推事。即代表法院故也。又與管轄聲請迴避之法院。(即裁定該聲請之法院)亦不盡相同。蓋依刑事訴訟法第二十九條第三項及第四項。直接上級法院或該管地方法院。亦有爲管轄聲請迴避法院之時故也。所以定爲須向所屬法院爲之者。蓋爲該推事可以自行調查有其無理由。(參照二九V)並爲對於該聲請提出意見書也。(二八III)

聲請迴避。法律定爲應用書狀故。應分別適用第一百八十九條或第一百九十一條第一百九十二條之規定。

聲請迴避之原因。及未早爲聲請之原因。應釋明之。(二八II)即就該各原因事實。應提出可使法院相當信用之證據方法。無須用證明之證據方法。(註)

註 釋明與證明之區別。說明詳後。參照民事訴訟條例三三五條。

丁 推事於當事人聲請迴避後。如認該聲請爲有理由者。則可自行迴避。毋庸由法院裁定。(二九V)

該聲請亦即因此終結。如認為無理由者。則對於該聲請。得提出意見書。聲請人亦得將該意見作為前述釋明之證據方法。(一八三)

戊 裁定該聲請之法院。即該聲請之管轄法院。刑事訴訟法第二十九條第一項第三項第四項設有規定。可參看該各項。唯茲應注意者。即該各法院裁定時。應以合議庭行之。蓋法意係如是也。

己 裁定認聲請無理由。即予以駁回者。得於五日內抗告。(三一)此項裁定。應敘述理由。(一八二)若裁定認為有理由。即為推事應迴避之裁定者。則毋庸敘述理由。亦不得抗告。(一八二、四、一五)

### (三) 聲請迴避之效力

推事被聲請迴避者。除應急速處分者外。應即停止訴訟程序。(三〇)故該推事非俟裁定確定。該聲請為無理由之時。通常不得更於審判程序為職務上之行為。否則為違法。本於該行為以為判決。得為上訴及非常上訴之理由。又此所謂應急速處分者。乃指中間行為而言。若終結案件之行為。當然不得為之。

### (四) 裁定應行迴避之效力

管轄聲請迴避之法院。認該聲請為有理由。而裁定推事應行迴避者。則不問其係本於應自行迴避之原因。抑本於疑為偏頗之原因。均與應自行迴避之效力無異。該推事即不得執行職務。(參照三九一)

### 3 及以前說明)

第三 推事如有應自行迴避之原因者。其本人不待何等程序。當然迴避。又管轄聲請迴避之法院。亦應依職權爲迴避之裁定。固如前述。但雖無此原因。而推事尙自認有使人疑爲偏頗之情形。則亦可不待當事人聲請。自行請求不爲該案主任或陪席。或更換分配。此爲內部關係。僅須得庭長或監督推事之許可。毋庸更爲裁定。即庭長或監督推事。亦得將該案改分或另派代理。其他處所屬法院長官。如經該推事及庭長同意。亦可爲此處分。唯此際之迴避。非前述法律上之迴避。不待言也。

### 第二欸 其他職員之迴避

第一 法院書記官及通譯之迴避。

法院書記官及通譯。執行職務。亦須公平。故關於推事迴避之規定。刑事訴訟法第三十三條第一項定明。應行準用。惟書記官或通譯。在該案件之前審。執行職務。係爲裁判外之行爲。與推事參與前審者不同。故同項將關於推事第二十五條之規定。刪去。書記官或通譯。雖有在前審執行職務之情形。至上級審仍得執行職務。不爲應行迴避。或聲請迴避之原因。關於法院書記官及通譯迴避之裁定。申言之。即於當事人聲請書記官或通譯迴避。或書記官通譯於應否自行迴避有疑義。或法院認書記官通譯有應自行迴避之情形。應由法院裁定之時。不能逕行準用關於推事之規定。故刑事訴訟法第三十三條第二項。又定明

應由所屬法院裁定。故其所屬法院。如爲初級法院。則由審判該案件之獨任推事裁定之。如爲地方法院以上之合議庭。則由審判該案件之合議庭裁定之。關於推事第二十九條第二項至第四項之規定。即無準用之餘地也。

關於通譯。刑事訴訟法第一百二十六條。定明應準用鑑定人之規定。故臨時由法院或當事人選任之通譯。即與鑑定人無異。(參照民事訴訟條例二五〇、I、II) 既應準用第一百十九條至第一百二十一條所定拒却及具結之規定。自毋庸再準用關於推事迴避之規定。故此所謂通譯。應專指法院之通譯官而言。由通譯官以外之人充通譯者。僅應準用關於鑑定人拒却之規定。(參照法院編制法一四二民事訴訟條例二五〇、III)

法院書記官或通譯。應自行迴避。或經裁定認聲請迴避有理由之時。在該案件即不得執行職務。無論其以前或以後所爲之訴訟行爲。均屬無效。應行更新。且此項行爲。與裁判不同。不能因確定而致效力有所補正。又他項訴訟行爲。如係根據該項行爲所爲。亦屬無效。不過根據該項行爲以爲裁判之時。既另定有聲明不服之方法。在未依該方法更得有撤銷之裁判以前。仍屬有效而已。

## 第二 檢察官及檢察處書記官之迴避。

檢察官及檢察處書記官之職務行爲。影響於法院之裁判者甚大。故刑事訴訟法第三十四條第一項。亦



規定關於推事迴避之規定。應行準用。惟關於推事第二十五條之規定。亦如法院書記官及通譯。特為剔除。不應準用。又關於聲請迴避之核定。亦不能準用關於推事之規定。故同條於第二項及第三項。另以明文分別定之。即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。首席檢察官之迴避。應聲請上級法院首席檢察官核定之。其對首席檢察官聲請迴避。必須其執行職務之時。自不待言。（例如二四八罪）  
內首席檢察官檢察官或書記官應自行迴避。或經核定應行迴避者。其執行職務之行為。亦不問其前後。均屬無效。故如該檢察官仍行起訴或他檢察官依據該檢察官偵查結果起訴者。法院即應依第三百十八條第一款諭知不受理之判決。（註）

註 自立法論。檢察官及檢察處書記官應否迴避。為一問題。

### 第三 承發吏之迴避。

承發吏執行職務。亦須公平。故修正承發吏職務章程第二十三條。規定承發吏有左列情形。不得行其職務。

- (一) 本身或其家屬為當事人或被害人時。
- (二) 與當事人或被害人有本宗或外姻之親屬關係時。
- (三) 與當事人或被害人有同一之權利或義務時。
- (四) 於本案為訴訟代理人或曾為訴訟代理人時。

(五) 於本案爲中證人鑑定人受訊同時。

上述規定係就民事刑事共通規定。故其所稱當事人在刑事僅應爲被告。其第三款在刑事亦無適用。又此規定係與刑事訴訟法所定推事應自行迴避之規定相當。故在承發吏無聲請迴避之規定。

承發吏有前述情形仍執行職務時其職務行爲之爲無效固不待言。但既無聲請迴避之規定。在當事人方面自僅得依行政方法請求救濟。即請求該廳長官命令停止。而在承審推事或檢察官如發見有此情形。自亦得依職權撤銷。(參照同章程第二條)

第四節 法律上之輔助

法律上之輔助。(Rechtshilfe)此從法編法用語)又稱曰司法共助或協助。(註一)即廣義之法院。因職務內之特定行爲不能於管轄區域內辦理。而囑託他機關輔助辦理之謂也。此爲狹義之法律上輔助。可分爲通常法院相互間之共助。通常法院與特別法院間之共助。通常法院與其他官署間之共助。國際間之共助四種。又在同一機關之內。檢察官書記官承發吏互相輔助。亦稱法律上之輔助。此爲廣義。法院編制法所稱。即從廣義。茲僅就狹義之法律上輔助說明之。

註一 關於司法共助。除法院編制法一五四、一五六外。可參看舊司法例規第四類第八章。

註二 法律上之輔助。學者又以其足使受託法院取得管轄權。又稱曰共助管轄。然共助並不限於法院

之間。故未於管轄內說明之。

通常法院相互間之共助。又可分爲法院相互間之共助。檢察處相互間之共助。法院或檢察處書記官及承發吏相互間之共助。即法院編制法第一百五十四條至一百五十六條所規定者是也。

法院相互間之共助。其受囑託者。原應專屬於初級法院。惟在現行辦法。關於其機關。並無限制。故受訴法院。無論囑託何級法院共助均可。他法院受囑託時。其共助行爲在初級法院固係由獨任推事爲之。在合議庭之法院。通常尙須由審判長指定庭員一人爲之。此受囑託爲共助之推事。稱曰受託推事。爲此囑託者。乃爲審判長或受命推事。又受託推事若就其受託事項。有更應由他法院調查者。並得轉爲囑託（註一）又若知其就受託事項無權限者。並可移送其囑託於有權限之機關。又關於得囑託共助之行爲。刑事訴訟法。未如民事訴訟條例。設有明文。依其性質。應解爲只限於被告之拘提。及證人鑑定人之訊問。扣押。搜索。勘驗。始得囑託。且被告之拘提。並得囑託檢察官或司法警察官爲之。（註二）

註一 參照民事訴訟條例第三百四十四條。

註二 受託推事一語。刑事訴訟法僅於第四百二十七條一見之。就其權限。別無明文規定。民事訴訟條例則設有種種明文。可參看同條例三六〇至三六二、三八二、四一九、四三三、四四六等規定。

檢察處相互間之共助。法院編制法第一百五十五條。雖僅定明各檢察處於管轄區域內執行事務。應互相

輔助。但執行偵查事務。有需管轄區域外之檢察官輔助者。自得囑託共助。至遇有緊急事宜。得不依共助。於管轄區域外行其事務。同法第九十三條。亦有明文規定。

法院或檢察處書記官及承發吏相互間之共助。法院編制法第一百五十六條。定明於權限內之事務。應互相輔助。故關於送達。書記官得逕行囑託共助。(註一)關於執行。承發吏得請由所屬院長囑託共助。(註二)

註一 參照第二百零三條、民事訴訟條例第一百四十九條。

註二 參照民事訴訟執行規則第二條。

通常法院與特別法院間及其他官署間之共助。應依法令所定。得囑託共助之行為。應以調查證據及送達為限。(註)

註 參照民事訴訟條例第一百七十六條、第一百七十九條、第三百四十六條。

國際間之共助。應依條約及慣例所定。通常亦僅以調查證據及送達為限。法院、檢察處、或書記官。為囑託之程式。別無明文規定。不依刑事訴訟法第一百八十九條制作文件。例如以電報為囑託時。是否有效。不無問題。以解為有效為宜。

第二章 當事人

第一節 原告

## 第一款 檢察官

### 第一 檢察官之職務。

檢察官關於刑事之職務。法院編制法第九十條第一款。有明文規定。即「遵照刑事訴訟律及其他法令所定。實行搜查處分。提起公訴。實行公訴。並監察判斷」是也。分述其性質如次。

(一) 檢察官係代表國家。為公訴之原告。因此地位。乃有左列職務。

甲 準備公訴。此即法院編制法所謂實行搜查處分。刑事訴訟法第二百三十條。規定檢察官因告

訴。告發。自首。或其他情事。知有犯罪嫌疑者。應即偵查犯人及證據。亦即示明此旨也。實行此項職務之權限。稱曰偵查權。檢察官因有此權限。故於刑事訴訟法上。得為種種處分。後述各項。其最著者。

1 被告之傳喚。拘提。羈押。訊問。(二五、四四、六七、三三〇)但在羈押。於發押票後。應陳明羈押理由

於首席檢察官。(六七II但書)又通緝應由首席檢察官行之。(五〇II)

2 證人之傳喚。訊問。(八七、三三〇)又證人之傳喚。訊問。應由首席檢察官行之。(三三三、三三六)

3 鑑定人之選定。傳喚。訊問。(二一七、三三〇)又鑑定人之選定。傳喚。訊問。應由首席檢察官行之。(三三三、三三六)

4 扣押及搜索。(二三八、一四二、三三〇)又扣押及搜索。應由首席檢察官行之。(三三三、三三六)

5 勘驗。(二五八II、三三〇)又勘驗。應由首席檢察官行之。(三三三、三三六)

6 關於偵查事項。請該管公署報告。(二四〇)

7 指揮命令司法警察官或司法警察偵查。(二二八、二二九)

8 遇有急迫情形。請在場或附近之人或軍隊輔助。(二三五、二三六)

乙 提起公訴。刑事訴訟法第二百五十三條第一項。就此亦設有明文規定。即檢察官依偵查所得之證據。足認被告有犯罪嫌疑者。應向該管法院起訴。故犯罪由檢察官提起公訴。乃為原則。關於特定犯罪。雖亦許被害人提起自訴。但並非謂檢察官即不得就該罪偵查或起訴。故該罪已經檢察官偵查終結者。即不得再向法院自訴。而已提起公訴。又提起自訴者。即應以裁定駁回。(三四一、三四三、三四四)

丙 實行公訴。此即就其所提起之公訴。以原告地位。繼續參與也。為執行此項職務。刑事訴訟法又設有種種規定。後述規定。其最著者。

1 於審判時出庭。(二七〇、二七一)

2 於審判時為陳述及辯論。(二七七、二八〇)

3 提起上訴。抗告。再審。但非常上訴。惟最高法院檢察署檢察長始得提起。(三五八、四一四、四一五、四一六、四一七、四一八、四一九、四二〇、四二一、四二二、四二三、四二四、四二五、四二六、四二七、四二八、四二九、四三〇、四三一、四三二、四三三、四三四、四三五、四三六、四三七、四三八、四三九、四四〇、四四一、四四二、四四三、四四四、四四五、四四六、四四七)

(二) 檢察官雖一面與被告居於對立地位。而一面又有求法律正當適用之職務。此種地位。則與法院相同。均負有發見實體真實之義務。(參照二)故

甲 刑事訴訟法第六十三條規定。於檢察官訊問被告時。亦有適用。

乙 於被告有利益之證據。亦應為蒐集。故刑事訴訟法第二百三十九條。規定被告得聲請檢察官為有利於被告之必要處分。

丙 就事實及法律為辯論時。(三〇〇)有利於被告之事項。亦應為陳述。故對於被告。並可主張論知無罪、緩刑、減輕、或免除其刑、及免訴、不受理、管轄錯誤之判決。

丁 為被告利益。亦得提起上訴、再審、或非常上訴。(三五八Ⅱ、四四六Ⅰ、四三三)

(三) 檢察官因有監察裁判執行之職務故。

甲 裁判之執行。原則應由檢察官指揮之。(四七七Ⅰ、四九二Ⅰ)

乙 執行死刑。應由檢察官蒞視。(四八一Ⅰ)

丙 執行時之傳票及捕票。應由檢察官發之。(四八七Ⅰ、四八九Ⅱ)

丁 沒收或扣押之物件。應由檢察官為一定處分。(四九三至四九六)

戊 聲請撤銷緩刑之諭知。聲請更定其刑。命令免服勞役或服勞役。命令易科監禁。(四九七Ⅰ、四九

八一、四九九、五〇〇)等亦應由檢察官爲之。

(四) 檢察官之爲原告。係代表國家。公訴權主體。仍爲國家。故檢察官。

甲 不得預行捨棄公訴權。撤回起訴。亦須於第一審審判開始前。始得爲之。(二六四丁)

乙 不得預行捨棄上訴權。但上訴之捨棄及撤回。仍得爲之。(二六六、二六七)

丙 不得與被告和解。

## 第二 檢察官之地位。

檢察官之性質。乃爲司法行政官。與推事之爲真正司法官者不同。故其地位。有次述特徵。

(一) 檢察官無憲法上地位之保障。法院編制法雖關於地位之保障。將檢察官與推事同列。但推事

尙有憲法上之保障。如舊約法第五十二條規定。則於檢察官無適用。

(二) 檢察官之地位。不能如推事獨立不羈。即法院編制法第九十八條。定明檢察官應從長官之命令。

故檢察官自司法行政最高長官以下。凡其上級長官之命令。無論其爲一般或各別。均應服從。如約法

第九十一條「法官獨立審判不受上級官廳之干涉」及法院編制法第一百六十三條「本章所載各

條(即監督權之規定)不得限制審判上所執事務及審判官之審判權」之規定。均於檢察官無適用。

(三) 檢察官之職務。應與推事嚴格區別。故法院編制法第九十四條。規定檢察廳對於審判衙門應



獨立行其職務。第九十五條。規定檢察官不問情形如何。不得干涉推事之審判。或掌理審判事務。

(四) 檢察官有同一體不可分之原則 (Einheitliche und Unbarkeit des Staatsanwaltschaft) 即

檢察官非如推事爲獨立機關。而係合全國檢察官互相連絡。以一爲大組織體。法院編制法。就此原則。設有次述規定。

甲 檢察官均應從長官之命令。(九八丁) 故在推事之行政監督長官。僅有監督權。(Aufsichtsrecht) 而在檢察官之行政監督長官。除有監督權外。並有命令權。(Anweisungrecht) 惟此項命令。純爲檢察處內部之關係。檢察官職務上之行為。雖違背長官命令。亦僅發生行政責任。在外部仍有訴訟法上之完全效力。法院無審究其行為曾否遵守命令之必要。

乙 檢察官遇有必須代理情形。得代理所屬檢察廳檢察官。(九九)

丙 地方及高等檢察長總檢察廳檢察長。有親自處理各該管區域內檢察官事務之權。並有將各該管區域內檢察官之事務。移於別廳檢察官之權。(一〇〇)

### 第三 司法警察官及司法警察

偵查犯罪。專責之檢察官。不免不周。故刑事訴訟法。更與司法警察官及司法警察。以獨立偵查犯罪。或輔佐偵查犯罪之權。(參照偵查機關之說明)

(一) 司法警察官有二種。

甲 有偵查犯罪之職權與檢察官同者。爲左列各員。但該各員於查獲犯罪嫌疑人後。除有必要情形外。仍應於三日內移送該管檢察官偵查。(二二七)

1 縣長。

2 公安局長。

3 憲兵隊長官。

乙 應聽檢察官之指揮偵查犯罪者。爲左列各員。(二二八)

1 警察官長。

2 憲兵官長軍士。

3 依法令規定。關於稅務、鐵路、郵務、電報、森林及其他特別事項。有偵查犯罪之權者。此所謂關於特別事項有偵查犯罪之權。即指就該管事務或在該管區域內發生之犯罪。有偵查之權也。

(二) 司法警察有兩種。即警察與憲兵。乃應受檢察官及司法警察官之命令。偵查犯罪者也。

各級檢察廳檢察官。得調度司法警察。法院編制法第一百零四條。有明文規定。現時關於調度司法警察之法令。有檢察廳調度司法警察章程。增訂檢察廳調度司法警察章程。檢察廳指揮司法警察證暫行細

則等。又關於憲兵。有民國元年司法部令各級廳憲兵兼任司法警察之訓令。

#### 第四 檢察處

(一) 檢察處係分別配置於各法院。各置相當員數之檢察官。(法院編制法八五、八六) 僅係配置於法院。故與各法院為獨立之機關。(參照同法九四) 又檢察官係獨任制。故一員得完全代表檢察處。執行職務。

(二) 檢察處事務。原則固非檢察官不得辦理。但法院編制法設有次述例外規定。

甲 學習檢察官及學習推事。得由司法部派充代理檢察官。辦理地方檢察處事務。(一〇一)

乙 司法部及各省高等檢察長。得命檢察廳所在地之警察官或城鎮鄉董。辦理該廳檢察事務。(一〇二)

丙 地方及高等檢察廳總檢察官。如有不得已之事故。各法院長官。得因請求。派各該推事臨時代理。地方檢察廳。並用該廳候補檢察官代理。但以緊急事宜為限。(一〇三)

(三) 檢察處之管轄

甲 職務管轄。檢察處因配置於各級法院之結果。故其職務。亦有各級之區別。不過有法院編制法

第九十九條第一百條之例外而已。

本論 上部 總論 第一編 訴訟主體 第二章 當事人 第一節 原告 第一款 檢察官

大 一

乙 事物管轄。此亦如職務管轄。應與其所配置之法院相同。上述例外規定。亦得適用。

丙 土地管轄。此於法院編制法有明文規定。即檢察處之管轄區域。與各該法院同。(九二)但遇有

緊急事宜。得於管轄區域外行其事務。(九三)

### 第二款 自訴人

關於特定犯罪。被害人得提起刑事訴訟。(三三七)被告如係被害人。亦得提起反訴。(三五二、三五六)此時之被害人或被告。乃為原告。即刑事訴訟法所謂自訴人是也。刑事訴訟法第三百五十七條。規定自訴除本章有特別規定外。準用前章第二節及第三節關於公訴之規定。故自訴人所居之地位。與檢察官在訴訟程序所居之地位相同。凡檢察官在審判上訴抗告再審各程序所得為之行為。自訴人均得為之。(參照三四六、三五八、四一四、四四七)惟為受刑人利益起見之再審。自訴人不得提起。(參照四四六)

被害人之法定代理人、保佐人、或配偶。得獨立自訴。被害人已死亡者。如不與被害人明示之意思相反。得由其親屬自訴。(三三八)由此等人起訴之時。此等人亦為自訴人。其地位與自行起訴之被害人相同。

### 第二節 被告

#### 第一 被告之觀念。

刑事被告。乃為原告檢察官或自訴人之對手人。而為當事人之一。嚴格言之。應專指其在審判中之地位。

而言。故刑事訴訟法於其在起訴前。有時稱曰犯人。(三三〇)於其在確定判決後。有時稱曰受刑人。(四四一、四四二、四四六、四八六、四八九)但通常凡成爲訴訟關係被動主體之人。均稱曰被告。固不問其他位在何種訴訟程序也。

爲被告者。原則固應爲有犯罪嫌疑之人。即原告認爲爲犯罪行爲之人。(參照二五三丁)但如依法令應就他人之行爲負刑事責任者。則應以責任人爲被告。不應以行爲人爲被告。被告本來地位。固爲當事人。但亦同時與證人鑑定人。同居於證據方法之地位。故其在審判時爲辯論。固係本於當事人之資格。而其對於訊問以爲陳述。則多爲證據方法。與證人或鑑定人所爲陳述。同足爲法院自由心證之資料。刑事訴訟法所規定之被告訊問程序。固一面在使其利用當事人訴訟上防禦權之機會。一面仍爲調查證據之目的也。(參照以後證據之說明)

同一案件。同時被告有數人者。稱曰共同被告。(參照二九二)民事訴訟法關於訴之主觀合併。設有限制規定。刑事訴訟法。未設明文。應解爲只須被告案件有若干關係。且爲法律所許。(如不違背管轄規定)即可合併。無論起訴時或審判時均可。且不以牽連案件爲限。

## 第二 當事人能力 (Parteilichkeit)

刑事訴訟法上所謂當事人能力。專就被告言之。即指得爲刑事被告之能力而言。凡自然人。均有當事人

能力。即刑事上無責任能力之人。亦得有效追訴。至犯人姓名不明。僅屬能否起訴之問題。（參照二五八、後詳）與當事人能力無關。又被告所在不明。亦僅屬停止審判問題。尤與當事人能力無涉。（參照三〇七）

法人有當事人能力與否。乃屬成文法之問題。如成文法認法人有責任能力。則在訴訟法苟無反對規定。自得解為有當事人能力。以被追訴處罰。

### 第三 訴訟能力 (Prozessfähigkeit)

訴訟能力。即指得有效為訴訟行為之能力而言。刑事訴訟法亦無明文規定。不能與民事訴訟法為同一解釋。應解為有意思能力者。即有訴訟能力。蓋有意思能力者。即得為事實上之行為。亦得為訴訟行為故也。（註）刑事上之責任能力。雖亦應由意思能力決之。但與訴訟能力。不可混同。蓋責任能力。乃犯罪當時之問題。訴訟能力。則審判當時之問題也。無訴訟能力者。只應停止審判之程序。（三〇五）無責任能力者。則應為不起訴之處分（二四四）如經起訴。則應諭知無罪之判決。（二二六）

註 刑事訴訟法第三百零五條第一項。規定被告喪失心神。應停止審判程序。即此足徵只須有意思能力。即有訴訟能力。被告不能為適當之訴訟行為者。通常固應停止審判之程序。但於許用代理人之案件。不適用之。（三〇五）故在最重本刑為拘役或專科罰金之案件。得命被告委任律師代理出庭。進

行審判。(二七二)又依特別刑法。無責任能力人。應負刑事責任之案件。或應就他人行為負刑事責任之案件。亦應解為係許用代理人之案件。本人審判時。雖無意思能力。亦應由法定代理人代表。註(參照日本刑訴法三七)

法人為被告時。應由其代表人代表為訴訟行為。如代表人有數人。應解為得共同或單獨代表。(註二)又法人解散或在清算中者。應由清算人代表為訴訟行為。若已消滅。則已喪失當事人能力。即無訴訟進行之可言矣。(註二)

註一 參照日本刑事訴訟法第三十七條。民事訴訟條例第八十七條。

註二 參照第二百四十三條第六款。第三百十八條第五款。

上述各種許用代理人或代表人之案件。其被告仍為本人。自不待言。故判決仍應對於本人為之。

無意思能力人或法人為被告之時。如有法定代理人或代表人。檢察官偵查時。即得就該代或代表人訊問。提起公訴時。亦得指名之為訴訟代理人。法院於審判中。亦得以裁定指名之。如無意思能力人。缺法定代理人。或法人缺代表人之時。法院得依聲請或依職權指定辯護人為其特別代理人。至其有正式代理人為止。執行任務。(註)

註 參照日本刑事訴訟法第三十八條。民事訴訟條例第六百七十條。

### 第三節 其他訴訟關係人

#### 第一款 辯護人

##### 第一 辯護人之觀念。

辯護人者。於起訴後從事辯護之人也。何謂辯護。(Vertheidigung) 即對於原告之攻擊。爲被告利益以爲防禦也。刑事訴訟法。於被告自爲防禦。及代理人輔佐人爲被告爲防禦。固亦稱曰辯護。(參照二六七II) 又檢察官及法院因發見實體之真實。注意被告有利之情形。(參照二) 學者固亦稱曰實體之辯護。(Materielle Vertheidigung) 但通常所稱辯護。乃專指辯護人爲被告利益所爲之防禦行爲而言。即學者所謂形式之辯護。(Formelle Vertheidigung) 者是也。蓋辯護人乃訴訟法特爲保護被告所認許之獨立爲訴訟活動之主體。(學者中亦有謂其爲機關者) 故其任務。專在爲被告利益。以對於原告之攻擊而爲防禦。須在此範圍內。始有發見實體真實之義務。並有發表主觀信念之義務。其地位與法院及檢察官。迥然不同。固不待言。即與被告及其代理人輔佐人。亦大有區別。蓋被告及其代理人。固不僅得爲有利行爲。即如自白捨棄撤回等不利行爲。亦得爲之。至於輔佐人之任務。雖亦在爲被告利益以爲防禦。但其範圍。並不若辯護人之廣大。(參照一七八及後之說明) 三者之不能與辯護人並論。亦顯然可見也。

##### 第二 辯護人之種類。



(一) 強制辯護與任意辯護。

案件必用辯護人辯護者。稱曰強制辯護。(Nødvendige Verdictung)此項案件。依刑事訴訟法所定有二種。即最輕本刑為五年以上有期徒刑犯罪之案件。(一七〇)及高等法院管轄第一審之案件。(一七一)是也。在此案件。如被告或其法定代理人、保佐人、配偶。於起訴後未經選任辯護人者。審判長應依職權指定之。(一七〇、一七一)

在上述種類以外之案件。由被告或其法定代理人、保佐人、配偶、或審判長。任意選任或指定者。稱曰任意辯護。(Afhjortvendige Verdictung)。(參照一七〇前段)

依法應用辯護人之案件。(即強制辯護案件)或已經指定辯護人之案件。應由辯護人辯護。乃為訴訟條件。(三九一)故在審判如未經辯護人出庭而逕行審判。則審判程序為違法。所為判決。得依上訴或非常上訴撤銷。惟宣告判決及狹義之審判以外之程序。(後詳)如勘驗及受命推事受託推事之調查證據等。應解為毋須辯護人在場。

(二) 選任辯護與指定辯護。

辯護關係。由被告或其法定代理人、保佐人、配偶之行為發生者。稱曰選任辯護。此項行為。稱曰選任。此項辯護人。稱曰選任辯護人。(Wahverteidiger, od. gewalte Verdictiger) 辯護關係。由審判長之行為

發生者。稱曰指定辯護。此項行爲。稱曰指定。此項辯護人。稱曰辯定辯護人。(Baselle Verordnen) 指定辯護人。應指定公設辯護人。即法院常設之辯護人也。強制辯護與任意辯護之區別。及選任辯護與指定辯護之區別。不可混同。蓋強制辯護亦有選任辯護。任意辯護。亦有指定辯護故也。

選任辯護人。乃被告之權利。故刑事訴訟法第一百六十五條第一項。定明被告於起訴後得隨時選任辯護人。並於同條第二項。定明被告之法定代理人。保佐人。或配偶。亦得獨立爲被告選任辯護人。皆所以保護被告之利益也。獨立云者。即不問被告意思如何也。

選任辯護人。既爲被告之權利。故無論爲強制辯護案件。或任意辯護案件。均須被告或其法定代理人。保佐人。配偶。於起訴後未經選任辯護人時。審判長始得依職權或始應依職權指定之。(一七〇、一七一)且指定辯護人後。被告或其法定代理人。保佐人。配偶。選任律師爲辯護人者。應即將指定之辯護人撤銷。(一七二)(註)

註一 依刑法一七二規定。如未經選任律師爲辯護人。指定辯護人。尙得爲被告利益。不予撤銷。選任之時期。刑事訴訟法第一百六十五條有明文規定。即被告或其法定代理人。保佐人。或配偶。均得於起訴後。隨時爲之。而在強制辯護案件。則在起訴後。如未經選任辯護人者。審判長即應指定。又任意辯護案件。如於起訴後未經選任辯護人者。審判長認爲有置辯護人之必要。亦得隨時指定之。辯護人

之資格。指定辯護人。固僅專限於律師。即選任辯護人。原則亦應限於律師。僅例外經法院許可者。經得選任非律師之人。(一六六)又此所謂律師。乃指得在指定管轄區域內執行職務者而言。若僅有律師資格。或僅得在他法院管轄區域內執行職務。即不得作為律師。使其充任辯護人。又第三審之辯論。只限於以律師充任之辯護人。始得行之。(四〇—II)故第三審行辯論時。不得以非律師充辯護人也。

(二) 多數辯護與共通辯護。  
被告一人由辯護人數人辯護者。稱曰多數辯護。(Mehrfache Verteidigung)選任辯護人。刑事訴訟法第一百六十九條。有明文規定。每一被告以三人為限。指定辯護人。通常自曾每一被告一人。如認為必要。指定二人以上。固亦非法律所禁止。但應解為應準用選任之規定。只以三人為限。又被告有數辯護人者。自得各自獨立有辯護權。刑事訴訟法特關於送達文件。於第一百七十四條。規定應分別送達之。亦僅為例示規定而已。

被告數人由辯護人一人辯護者。稱曰共同辯護。(Gemeinschaftliche Verteidigung)此種情形。選任辯護。固亦有之。通常多見於指定辯護。故刑事訴訟第一百七十三條。以明文規定。被告有數人者。得指定一人辯護。但各被告之利害相反者。不在此限。至利害相反之各被告。得選任一人辯護與否。雖無明文。自得類推解釋。在同一訴訟程序。不得為之。

第三 選任及指定行為

(一) 選任行為

甲 行為之性質

選任行為。以其能發生刑事訴訟法上之效力。自為訴訟行為。至其在民法上之性質及效力如何。應依其內容及其他情形定之。通常固為委任契約。但為無名契約或單獨授權行為及其他法律關係。亦無不可。

乙 行為能力

選任既為訴訟行為。在訴訟法上。自只須有訴訟能力。即有意思能力。即得獨立有效為之。民法關於行為能力及同意允許各規定。均無適用。故被告雖為未成年人。禁治產人或妻。亦得在訴訟法上為完全有效之選任行為。刑事訴訟法第一百六十五條第二項。雖規定被告之法定代理人。保佐人。配偶。得獨立為被告選任辯護人。但並非謂被告有此等人。即應受民法上之限制。不得獨立舉任。至民法上無行為能力人或限制行為能力人所為之選任。其屬於民法上之效力如何。應如前所述。依民法規定解決。自不待言。

丙 選任之方法

刑事訴訟法第一百六十七條。只規定選任辯護人。應通知法院。關於通知程式。並未規定。自可解爲書狀、言詞、電報、電話均可。舊狀紙規則。雖規定委任辯護人。應用部頒委任狀。現時亦多沿舊例。仍用狀紙。由選任人及辯護人一同具名投遞。但並非不遵守此程式爲通知。即屬無效。故如被告僅當庭告知選任之旨。或僅於上訴狀或理由書叙明選任之旨。自亦得認爲已經合法通知。

選任行爲。是否須經通知。始得有效成立。固不無問題。余謂該行爲民法上效力之發生時期。固應依該當事人間之法律關係以決之。與向法院通知與否無涉。即其在訴訟法上之效力。亦應解爲只須選任人對於被任人爲意思表示。即可發生。蓋所謂通知。不過報告選任關係業已成立之意。係與民事訴訟條例第八十四條同一精神。並非謂辯護權非經通知不能取得也。故如辯護人於審判時出庭。逕爲辯護。被告未爲反對表示。即可推定其內部已有選任。毋庸更爲通知。又如辯護人爲被告提出上訴狀。在期限之內。補具委任狀。在期限之外。亦不能謂其逾期。（參照三六三）

## (二) 指定行爲

指定行爲。依律師章程第一條及第十五條。乃爲命令性質。且非證明其有正當理由。不得辭退。

指定之程式。刑事訴訟法亦無明文規定。應解爲只須審判長爲此表示即可成立。不過通常應向被告指定人通知。其通知書。自應依刑事訴訟法第一百八十九條及第一百九十條辦理。

指定辯護人後。已有律師充選任辯護人者。應即將指定之辯護人撤銷。已如前述。但在未經撤銷之前。該辯護人之辯護關係。尙係存在。自仍得執行職務。

#### 第四 辯護關係及其存續期間。

(一) 辯護關係 辯護人於訴訟法上有種種權利義務關係。是曰辯護關係。分述之如次。

甲 權利 辯護人乃為被告之保護人。其為訴訟行為。均係於保護人之關係。為之並非於代理人之關係為之。故其行使訴訟法上之權利。不問係為其所固有。抑係為被告所有而代為行使。除有明文規定。不得與被告之意思相反者外。(如三六〇)餘均得獨立行使。(註)此項權利。統稱曰辯護權。法律設辯護人之主旨。即在認其有此權利。茲從一般學說。就其權利分類如次。

註 辯護人行使被告固有權利。通說均謂係以代理人之關係為之。余謂辯護人本為獨立活動之主體。雖係行使被告權利。除有明文外。應解為得獨立為之。

1 固有之權利。此即法律特就辯護人設有明文所付與之權利。乃離被告獨立所有者。其中有為被告所不能有者。亦有為被告所能有者。辯護人得獨立行使。為學說所不爭。試示其重要者如次。

a 檢閱卷宗及證據物件並抄錄卷宗之權。(一七五)此為辯護人能完全行使辯護權所付與

之權利。只須辯護人向法院書記官請求。即不得拒絕。且無須何等程式。現時辯法。多須由辯護人以書狀聲請指定鈔閱日期。要亦法律外之限制也。又證據物件未編入卷宗者。雖無權鈔錄。但亦得聲請法院許可。不過法院得予拒絕而已。

b 接見羈押被告並互通書信之權。(一七五)此亦爲使辯護人能完全辯護所付與之權利。即在被告已被命停止接見或通信之時與辯護人之間。仍不受此限制。惟有一例外。即有事實足認被告與辯護人有湮滅證據或偽造變造證據之虞。或有勾串共犯或證人之虞者。得限制或禁止之。適用此但書規定。須有具體事實。足認被告有利用與辯護人接見或通信而爲該各行爲之虞者始可。又接見或通信。應遵守所規則。自不待言。

c 受通知審判日期之權。(一六五、一六八)此不問爲任意辯護或強制辯護。未依法通知審判日期。卽爲違法。

d 於審判日期出庭及辯論之權。(參照三九一、三〇〇、三〇三)此亦不問爲任意辯護或強制辯護。均有此權利。且在強制辯護或指定辯護。出庭尤爲審判必要條件。又受命推事訊問被告調查證據。(一九七)及受託推事調查證據日期。辯護人亦有出庭之權。通常如便於通知者。亦以通知其日期爲宜。又法律雖僅定得爲辯論。但關於調查證據或其他事項。自亦應解爲得爲陳

述。

2 代之權利。此即本為被告所有之權利。辯護人得代為行使者。辯護人雖非被告之代理人。但既為被告之保護人。則關於被告在訴訟法上所有之防禦權利。自亦應許其獨立行使。只須於被告有利。則雖無特別授權。或雖與被告意思相反。亦於訴訟上有效。法院仍應予以斟酌裁判。茲示其重要者如次。

- a 聲請指定或移轉管轄之權。(二二)
- b 聲請推事迴避之權。(二六)
- c 聲請停止羈押之權。(七四)
- d 聲請回復原狀之權。(二〇八一)
- e 聲請傳訊證人及為其他證據調查之權。(參照二六九)
- f 詰問或覆問證人鑑定人之權。(二八六234)
- g 聲明管轄錯誤及公訴不受理之權。
- h 提起上訴之權。此於刑事訴訟法第三百六十條。有明文規定。得代為行使。但不得與被告明示之意思相反。當另於上訴詳述。



i 提起抗告之權。(四一四一)

j 聲請撤銷或變更處分之權。(四二七一)

k 提起再審之權。(四四六二)

## 乙 義務。

1 在場或出庭之義務。辯護人受審判長通知於審判時出庭。雖如前述。為其權利。但一面亦為其義務。在指定辯護人。應有此義務。觀律師章程第十五條自明。選任辯護人有此義務與否。學問雖不無議論。但以解為應負此義務為是。且在強制辯護。被告尚不得捨棄該辯護人。到場或出庭之利益。雖曾為此表示。仍不能免除此種義務。惟在任意辯護。則既經捨棄。即可免除。

2 辯護之義務。辯護云者。乃對於原告之攻擊。為被告利益以為防禦。已如前述。故辯護一面為辯護人之權利。一面亦為其義務。盡此義務之手段。雖因案件而異。然大致不外二種。即(一)由實體法上理由以期法院為無罪免訴減輕或緩刑之判決。(二)由訴訟法上理由。例如主張訴訟條件欠缺及其他訴訟程序之違法。以期法院為不受理或管轄錯誤之判決是也。後之防禦事項。類多應由法院依職權調查。辯護人應否利用。殊應審慎。蓋往往徒使訴訟進行遲滯。終於被告不利故也。又辯護雖為辯護人之義務。但亦應注意左列各點。

A 原告之攻擊。如爲正當。則辯護人爲防禦。只爲權利。不爲義務。故辯護人此時不爲防禦。不能謂其未盡職務。(註)

註 學者中亦有主張辯護只於攻擊不當時始能存在者。余謂攻擊正當時。辯護人尙得爲防禦。不過非其義務而已。

B 辯護人爲擁護被告之利益。固有發見實體真實之義務。但僅以此範圍爲限。並非如檢察官及法院於被告不利益方面。亦有此義務。故辯護人就該案件所得不利被告之事實。及所抱之主觀信念。例如心內實贊成檢察官意見。甚至以檢察官所爲主張或法院所爲裁判失之過輕。不但毋庸發表。亦且不應發表。蓋辯護人不得爲不利於被告之行爲。乃其職務所應然也。(註)

註 學者中亦有主張辯護人係與檢察官及法院同爲參與審理之機關。應有絕對發見實體真實及發表主觀信念之義務者。此說與辯護人之性質。根本相違。自不足取。

C 辯護人應以誠篤及信實行其職務。對於法院及檢察官。不得有欺罔之行爲。並不得故意延滯訴訟之進行。(參照律師章程一八、二一)故濫用辯護權以採違法或不當之手段。例如爲被告湮滅或偽造證據勾串共犯或證人。(參照一七六)或藉口檢閱鈔錄卷宗。妨害訴訟進行。或欺瞞被告逃亡。否認自白。串造偽供等行爲。固不僅關係刑事或懲戒上之責任。即在訴訟法上。

亦屬不能准許也。(註)

註 辯護人得勸告被告拒絕陳述與否。學者中不無議論。余謂訊問被告。如在使辯明犯罪之嫌疑。則只於被告有利。固不得勸告被告拒絕。若係將被告作為證據。為不利之詰問。則可勸告其拒絕。蓋被告此時本無為陳述之義務。勸告其勿為不利之陳述。即所以盡辯護之職也。

3 審判時服從訴訟指揮權及法庭警察權之義務。(參照以後審判之說明及法編法五六、五七、六四)

4 向檢察官或法院聲明事務所或代受送達人之義務。(一九四)於送達另詳。

5 為被告守秘密之義務。即辯護人執行職務所知悉之事實。有關被告之秘密者。不得洩洩。(參照九九)

6 辯護人如為律師者。律師章程第五章向定有種種義務。就中如第十六條、第十八條、第二十條、第二十一條。尤於為辯護人時。有適切之適用。

(二) 辯護關係之存續期間。此應分別選任辯護與指定辯護論之。

甲 選任辯護之效力存續期間。應依當事人之意思定之。故當事人得任意於該訴訟之全審級或某種訴訟程度。約定辯護關係。如無特別意思表示。應認為其效力及於該審級之全期間。(註一)至選

任人向法院通知時。即陳明不以本審級為限。是否有效。易言之。即選任應否每審級分別為之。雖有此表示。至上級審尚須另為通知。固不無議論。於日本明治三十年大審院判例。固謂選任辯護人應每審級為之。新刑事訴訟法第四十條第一項且定為明文。但在我國刑事訴訟法。既別無明文選任之通知。應每審級各別為之。自不能為同一解釋。選任人通知在本審級以上法院均由該辯護人辯護。殊無否認其效力之理。(註二)

註一 辯護人如就其授權無特別意思表示。應解為其辯護關係及於該審級之全期間。觀刑事訴訟法第三百六十條亦明。參照日本刑事訴訟法第四十一條第二項。

註二 民事訴訟條例第八十五條明定得特別委任訴訟代理人提起上訴再審之訴或關於強制執行為訴訟行為或領收所爭之物。又舊司法部民國十年十二月六日訓令。亦只禁止訴訟未至之審。不得索取三審公費。且示明包辦三審契約。應載明每審公費若干。則無論民刑事訴訟。至初即結包辦三審契約。非根本無效。亦可概見。

乙 指定辯護之效力。應及於該審級之全期間。指定後另有選任辯護人者。在未撤銷之前。尚得存續。已如前述。至撤銷為原有指定權人之職權。只須為此意思表示。即生效力。(註)辯護關係。即於斯時消滅。並不待諸通知該律師之後也。

註 撤銷應由何人爲之。雖無明文。應解爲由審判長爲之。自無疑義。蓋以審判長既有指定之權。自有撤銷之權也。又撤銷雖非命令。亦爲處分性質。既無明文規定其程式。自只須意思表示。通常固須用書狀。如在審判時。以言詞爲之。並記明於筆錄。亦可生效。

## 第一 輔佐人

### (一) 輔佐人之觀念。

輔佐人者。於起訴後。輔佐被告在法院爲陳述之人也。關於其資格。刑事訴訟法第一百七十七條。設有規定。即僅限於被告之法定代理人、保佐人、或配偶。蓋以此等人。均與被告有極親切之關係。使之於訴訟上負保護被告之責任。至爲適當。故除許其單以法定代理人、保佐人、或配偶之資格。得獨立爲種種訴訟行爲外。(參照三五九、四三二、四四六)並許其以輔佐人之資格。於起訴以後。得爲辯護人一部之行爲。

輔佐人資格發生之程式及時期。別無明文規定。應解爲只須該各項人向管轄法院聲明。且被告亦得爲此聲明。又聲明之時期。祇須在起訴以後。不問在第一審或上訴審均可。且與提起上訴、抗告、或再審同時爲之亦可。又單獨以書狀或言詞爲之亦可。

## (二) 輔佐人之權限。

刑事訴訟法第一百七十八條。關於輔佐人之權限。設有規定。即得在法議陳述意見。故其權限。不若辯護人之廣。得為被告所得為之一切防禦行為。只限於陳述意見。(註一)其最有適用者。固在於審判時。輔助被告。辯明犯罪之嫌疑。陳述有利之事實。並提出證據方法。或就證據為辯解。(參照六三、二八四)但不以此為限。即在審判程序外陳述意見。亦無不可。只須係向法院為之。是否關於本案。抑關於程序。並是否關於事項。抑關於法律。均所不問。且不以言詞為限。即以書狀為之亦可。且應解為得獨立為之。不受被告意思之限制。惟輔佐人既係規定於辯護一章之內。自應與辯護人同一解釋。只能為有利於被告之陳述。不利於被告之陳述。自於訴訟上不能生效。不得以為裁判之基礎。(註二)

註一 但刑事訴訟法第六十二條。係定輔佐人得獨立為被告所得為之訴訟行為。日本新刑事訴訟法第四十七條亦然。刑事訴訟法係從舊刑事訴訟條例。仿德國刑事訴訟法第一百四十九條及其修正草案第五百十條。定為只限於得在法院陳述意見。嚴格解釋。自僅得於審判日期。以言詞陳述意見。但刑事訴訟法。既另規定此等人得獨立提起上訴及抗告(二五九、四三二)互相參酌。自應廣義解釋。只須係向法院為被告辯護。即審判日期外之陳述。亦得為之。

註二 民事訴訟條例第九十五條雖規定輔佐人得為當事人在言詞辯論日期所得為之訴訟行為。

即不利之行爲。亦得爲之。但刑事訴訟法第一百七十八條。不能爲同一解釋。

### (三) 輔佐人之權利義務。

#### 甲 權利。

輔佐人在法院陳述意見。一面固爲其權限。一面即爲其權利。就中尤以在審判日期爲陳述爲最重要。故刑事訴訟法第二百六十五條第二百六十八條。規定其有受審判日期通知之權。至有於審判日期出庭之權。更不待言。惟法律既僅定明只得陳述意見。則其他訴訟行爲。雖爲被告及辯護人所得爲者。自亦不得爲之。故如在審判日期之辯論。及對於證人鑑定人之詰問覆問等行爲。均非輔佐人所得爲也。

#### 乙 義務。

出庭及陳述。是否一面爲輔佐人之義務。應解爲不能與辯護人同一解釋。即任意不出庭。或不爲陳述。亦非違背訴訟法上之義務。其餘在審判日期應負之義務。如服從訴訟指揮及法庭警察權二項。自應解爲與辯護人同。

### 第二 代理人。

#### (一) 代理人之觀念。

代理人者依被告或其法定代理、保佐人、或配偶之委任。得於起訴後代理追告爲訴訟行爲之人也。

註一 行爲雖仍爲代理人之行爲。但係以被告之名義爲之。故本於該行爲以諭知判決。應對於被告爲之。自不待言。又代理權之範圍。應依委任所定。凡權限內之行爲。不問其是否利益於被告。均與本人之行爲。有同一之效力。但不利於被告之行爲。就中如事實上之陳述。自應許被告或其法定代理人、保佐人、配偶當場即時撤銷或更正。(註二)

註一 代理人除被告外。並得由其法定代理人、保佐人、或配偶委任。又委任須於起訴後始得爲之。觀後項說明自明。

註二 民事訴訟條例第八十八條。僅以事實上之陳述爲限。始許當場即時撤銷更正。刑事訴訟法。不能爲同一解釋。

(二) 許用代理人之條件。

刑事訴訟。係採實體真實發見主義。故原則須被告親自爲訴訟行爲。許用代理人。乃爲例外。故刑事訴訟法第一百六十八條。規定許用代理人之條件。即被告須於許用代理人之案件。始得以書狀委任辯護人爲代理人。分述之如次。

甲 須爲許用代理人之案件。何者爲許用代理人之案件。刑事訴訟法第二百七十二條。有明文規



定。即最重本刑爲拘役或專科罰金之案件也。代理人。因如後述。須由辯護人充任。而選任或指定辯護人。必在起訴以後。故委任代理人之時期。亦必在起訴以後。至代理人是否僅限於在審判時始得爲訴訟行爲。雖觀該第二百七十二條規定。不無疑義。應解爲只須在起訴以後。雖審判外之行爲。亦得爲之。(註)

註 參照刑事訴訟法第三百六十條。

乙 須以辯護人任之。故欲委任代理人。須以前或同時選任辯護人。而選任辯護人。除被告外。被告之法定代理人。保佐人。或配偶。亦得獨立爲之。故委任代理人。應解爲此等人亦得爲之。又代理人須辯護人充任之結果。其資格自亦受刑事訴訟法第一百六十六條之適用。又對於指定辯護人。應解爲亦得委任爲代理人。

丙 須以書狀委任。故授權行爲。在當事人內部。雖仍得依民法規定。而在訴訟法上。則爲要式行爲。必以書狀爲之。詳言之。即其代理權。必須兩造向法院提出表明授與代理權意旨之書狀。始能發生。(註)惟本人如係偕同代理人到場。以言詞表示委任代理之旨。由書觀官記明筆錄。或隨後補具委任。自亦得認爲在以言詞表示之時。即可發生代理權。

註 辯護關係之發生。可在通知法院之前。已如前述。又民事訴訟代理人之授權行爲。亦可成立在

前。提出書狀或記明筆錄。不過爲其證明方法。觀民事訴訟條例第八十二條第二項及第八十四條自明。刑事代理人不能爲同一解釋者。蓋以刑事訴訟法第一百六十八條。定明須以書狀委任之故。且代理人於被告利害關係甚巨。使其向法院以書狀表明委任。不但所以確保被告之利益。亦與刑事訴訟法務期訴訟行爲明確之精神相適合也。

丁 代理人之數。因須以辯護人充任。故亦只能以三人爲限。至各共同代理人。應如何行使其代理權。除關於送達。依刑事訴訟法第二百零三條。應準用民事訴訟條例第一百五十三條第三項之規定外。餘自應依當事人委任意旨定之。如意旨不明時。應解爲得共同代理。自無疑義。至是否得單獨代理。並各代理人之行爲有抵觸時。其效力如何。應解爲不能與民事訴訟條例第八十七條同一解釋。該項行爲之效力。應由法院依自由心證判斷之。

### (三) 代理人之權限。

代理人雖應以辯護人充任。但其權限。一則爲辯護權。一則爲代理權。二者之性質不同。其範圍亦自不同。代理權之範圍。應依委任所定。已於前述。如依委任不能解爲係特定行爲之代理。即特定代理。則應解爲一般代理。凡該審級之訴訟行爲。均得爲之。不但是也。即提起上訴。雖無委任。只須不與被告明示之意思相反。亦得爲之。(三六〇後詳)又只須在其權限以內。雖不利於被告之行爲。如自白、捨棄、撤回

等。亦得爲之。亦已於前述之矣。

有代理人者。審判時雖得由代理人出庭。但法院如認爲必要。仍得命被告本人出庭。(一七二但書)至被告本人得任意自行出庭。自不待言。被告被命出庭或任意出庭之時。代理人以原爲辯護人之關係。亦應出庭。亦不待言。惟此時所爲之行爲。如超出辯護範圍之外。例如爲不利於被告之行爲之時。是否亦可作爲代理行爲。對於本人生效。應解爲如本人未當場即時撤銷或更正。亦可發生效力。法人爲被告時。應由其代表人代表爲訴訟行爲。此雖與普通之代理人不同。但自應準用代理人之規定。所爲行爲。不問其於被告是否有利。均應對於法人生效。惟此項人爲代理。不僅以起訴後爲限。即偵查中亦可。

## 第二編 訴訟程序

### 第一章 總論

#### 第一節 訴訟行爲

##### 第一款 訴訟行爲之觀念

刑事訴訟。通常即謂訴訟程序。訴訟程序。又謂以實行刑罰權爲目的之訴訟行爲總體。已於前述。參照緒

論第一章第一節)故含訴訟程序。即無刑事訴訟。含訴訟行爲。即無訴訟程序。此所以刑事訴訟法第一編總則之中。除就訴訟主體設規定外。更就訴訟程序。設通則之規定。本講義亦從此。於總論之中。首列訴訟主體一編外。次即列訴訟程序一編。且更於本編設總論一章。首研究訴訟行爲之概念。並其共通之原則。

何謂刑事訴訟行爲。(Prozesshandlung)即直接發生刑事訴訟法上效力之行爲也。其發生效力。有出當事人之意思者。乃與民法上之法律行爲相當。故學者稱此行爲。爲訴訟法上之法律行爲。(Rechtsact)又稱曰狹義之訴訟行爲。又以其係以意思表示爲要素。故有時單稱曰意思表示。(Willenserklärun)此種行爲。固佔訴訟程序中之重要部分。如檢察官之起訴。法院之裁判。當事人之上訴或捨棄並撤回起訴或上訴等。均爲足以決定刑事訴訟之運命者。但構成刑事訴訟程序之訴訟行爲。並非盡於此也。凡足以發生刑事訴訟法上之效力者。均爲廣義之訴訟行爲。學者統稱曰法律的行爲。(Juristische Handlung)其中有爲法律所容許者。亦有爲法律所不容許者。前者又稱曰合法行爲。法律行爲。不過爲合法行爲之一種。以外尚有事實行爲。如檢察官或法院訊問被告。調查證據。被告於審判時爲陳述及辯論等。固均足以發生訴訟法上之效力。但其發生並非與當事人之意思有關。此其與法律行爲不同者。後者又稱曰違法行爲。爲證人無正當理由而拒絕具結或證言之行爲。本爲法律所不容許。但亦足以發生訴訟法上之效力。即應因此受命賠償費用並科罰鍰或拘留之處分。(一二二)又刑事訴訟行爲。應以能直接發生刑事訴訟法上之效力者爲

限。故僅能爲他訴訟行爲之標的。以間接引起訴訟法上之效力。如證人所爲之證言。鑑定人所爲之鑑定。僅足以供當事人之援用辯論。或被告之辯解。(三〇〇、二八四)並法院之判斷(二八三)者。嚴格言之。亦不能謂爲訴訟行爲。(註)

註 刑事訴訟法學者通說均謂證言或鑑定亦爲訴訟行爲。民事訴訟行爲中。如和解、抵銷、撤銷等。本爲民法上之法律行爲。迨其於訴訟上爲之。始爲訴訟行爲者。此項行爲固一面發生訴訟法上之效力。而一面仍發生民法上之效力。刑事訴訟行爲。則與此異。均僅足以發生訴訟法上之效力。不過有時間接影響於實體法上之效力而已。例如捨棄或撤回告訴及撤回公訴或自訴。僅於訴訟法上發生起訴權消滅之效力。(參照緒論及下部)刑法上之刑罰權。不過間接受其影響而已。民法上之法律行爲。固以雙方行爲即契約爲最重要。又民事訴訟法上之訴訟行爲。亦有雙方行爲居重要地位者。如訴訟上之和解、管轄合意、訴訟委任等。均於民事訴訟法上發生重大之效力者。但刑事訴訟法上之法律行爲。則類皆爲單獨行爲。由雙方行爲以發生訴訟法上之效力者。僅辯護委任代理委任等少數行爲而已。此蓋刑事訴訟法之趣旨。不得不如是也。

## 第二款 訴訟行爲之種類

刑事訴訟行爲。可爲種種分類如次。

本論 上部 總論 第二編 訴訟程序 第一章 總論 第一節 訴訟行爲之種類  
第二款 訴訟行爲之種類

第一 以訴訟行爲之主體爲標準。則可分爲法院之行爲、當事人之行爲、第三人之行爲。

(一) 法院之行爲。又可分爲法院之行爲、與輔助機關之行爲。

甲 法院之行爲。

法院之行爲。固以裁判 (Enscheidungen) 爲主。但因達裁判之目的。尚有種種附隨之行爲。其中最重者。首爲審理 (Untersuchungshandeln) 即因爲裁判而施行之調查行爲也。其就證據所施行者。稱曰調查證據 (Beweisheitigkeit od. Beweisaufnahme) 審理通常固係先於裁判爲之。但亦有先有裁判。後有審理者。如先爲證據裁定。而後實施調查是也。其餘附隨行爲。則爲被告及其他訴訟關係人之傳喚、通知、對人對物之強制處分 (被告之拘提、羈押、扣押、搜索) 訴訟指揮等。

乙 輔助機關之行爲。

廣義之法院。除法院外。尚有書記官、承發吏、繙譯官、庭丁。已於前述。此各項員役辦理法定之事務。其權限固亦類與法院獨立。但究爲法院之輔助機關。其中書記官所爲之訴訟行爲最夥。審判或訊問被告及調查證據時之在場或出庭。(二七〇Ⅲ、二四一) 制作各種筆錄並其他未定明由法院或審判長推事制作之文件。(參照法院編制法一二八、刑訴法一八八餘後詳) 實施或委任並囑託送達。

(參照二〇三、民訴條例一四九、一五〇、一五一、一五二、一八四等) 編訂並保存送交卷宗。(參照法編

法一二八、刑訴法一九三、二五八、二七八、三七八等)保存并送交證據物件(參照二五八、三七八等)等。其最著者。餘承發吏及庭丁所爲者。則僅爲實施送達。(參照二〇三、民訴條例一五〇) 繙譯官所爲者。則僅爲通譯語言或繙譯文字。(註)

註 書記官承發吏在附帶民事訴訟尙可爲關於各種認證及執行之行爲。

### (二) 當事人之行爲

在民事訴訟。因採辯論主義。凡爲本案判決基礎之論議資料。必待當事人提出。故以當事人之行爲爲主。在刑事訴訟。則因採職權主義。爲本案判決基礎之訴訟資料。應由法院依職權蒐集。固反以法院之行爲爲主。但當事人之行爲。亦非不重要。審判之範圍。應以起訴或上訴之範圍爲準。(參照二五九、二六〇、三八一、四〇五) 固不待言。餘如起訴或上訴之撤回捨棄。均足以定決訴訟之運命。即本案判決。屢則亦應本於當事人之辯論爲之。(參照一八〇) 故當事人行爲。亦爲構成刑事訴訟行爲之重要成分也。

刑事當事人之行爲。固因公訴自訴而有不同。公訴爲檢察官與被告之行爲。自訴則爲自訴人與被告之行爲。但在自訴。應解爲檢察官亦非全不許爲訴訟行爲。蓋犯罪由檢察官偵查起訴。本爲原則。故雖已提起自訴。仍應許檢察官對於本罪及餘罪得繼續或進行偵查。且對於自訴判決。不但應許提起非

常上訴。(四三三)並得提起上訴及再審。(二六一、四四六、四四七)故法院應與檢察官以參與自訴程序之機會。關於審判日期之通知及卷宗之送交發還等。均應依公訴程序辦理。(參照二六五、二六八、三七八、三九八等)至檢察官得擔當訴訟。並自訴經撤回者。須諮詢檢察官意見。且其裁判須送達檢察官。則固法有明文者也。(三四八、三四九、三五二)

當事人爲訴訟行爲之形式。不外二種。即聲明與陳述是也。(參照二七二)分述之於次。

甲 聲明。

聲明者。請求法院(審判長、受命推事、受託推事、或檢察官準此)爲一定訴訟行爲。即裁判或處分之意思表示也。有時亦稱聲請或請求。(如六四三)多依文義所宜而用之。並非三者有劃然之區別。但大體言之。關於本案者。類稱曰聲明。關於程序者。類稱曰聲請。爲聲明或聲請之方法。與後述爲陳述之方法不同。通常均須以書狀爲之。

聲明或聲請。如係當事人本於其權利而爲者。則法院必對之爲何等裁判。其中最重要者。如關於本案者。則爲起訴、上訴、再審、抗告、非常上訴。關於程序者。則爲管轄、迴避、羈押、證據等事項。

乙 陳述。

陳述者。關於某事項之觀念表示也。當事人以外之訴訟關係人。爲訴訟行爲。固多以陳述之形式。(



參照一七八、一一〇）即當事人亦然。刑事訴訟，因係採直接審理主義及言詞審理主義。故陳述之方法，通常均爲言詞。且稱陳述者，亦多謂言詞之陳述。（參照六四、一一〇、一一五、一八〇、三三、五、六、十等）但於訊問或審判程序外，爲觀念表示，自得許用書狀。又被告爲陳述，通常均係因於訊問。其中對於犯罪嫌疑所爲者，又稱曰辯明。（六三）對於證據物件所爲者，又稱曰辯解。（一八四）承認犯罪事實之全部或一部者，稱曰自白。（二七九、二八〇等）又於審判程序所爲之辯論，固亦爲陳述之一種。但刑事訴訟法所稱辯論，乃別於陳述而言。（參照三二一、一八〇）蓋以刑事訴訟法原就審判程序設有階段。辯論乃在檢察官陳述案件要旨及訊問被告並調查證據之後爲之。且其性質，係各發表其關於事實及法律之意見。與單純之觀念表示，亦微有不同故也。（參照二七七、二七八、二八一、三〇〇）陳述通常乃當事人攻擊權或防禦權行使之方法。故爲陳述，亦爲當事人之權利。尤以被告爲然。故在訊問或審判程序，就犯罪嫌疑之辯明，或證據物件之辯解，對於被告，不與以機會，則爲違法。（參照一六〇、六三、二七八、二八四）惟爲陳述，是否爲當事人之義務，學者關於此點，雖有議論。余謂爲陳述，通常既爲權利，且法律別無強制規定，固不能解爲義務。但應解爲責任。就中如檢察官陳述案件要旨（二七七）上訴人陳述上訴意旨（三八〇）其於法律上有此責任，尤爲顯然。刑事訴訟法於訊問或審判被告時，雖特設有保護被告之規定（六二、二七三）但亦不能謂被告於

該時即無爲陳述之責任。故同法於被告不盡此責任時，亦設有制裁之規定。如第三百十條、第三百十一條、第三百八十二條等是也。

(三) 第三人之行爲。

此所謂第三人，乃指法院檢察官並其輔助機關及自訴人並被告以外之人而言。凡刑事訴訟法有明文許其爲特定行爲者，類皆爲訴訟行爲，足以直接發生訴訟法上之效力。如告訴人或告發人之告訴或告發、辯護人之辯護、輔佐人之輔佐、代理人之代理，並其他被告或被害人之法定代理人、保佐人、配偶，并其他親屬等之爲特定行爲者。（參照二一三、二二一、三〇〇、一七八、二七二、二一四、二一五、二一六、七四、三三八、三五九、四四六等）均是。惟證人、鑑定人，除對於所受裁定聲明抗告，顯爲訴訟行爲者外。（參照四一五<sup>2</sup>）其證言及鑑定，不能謂爲嚴格意義之訴訟行爲，已於前述之矣。

第二 以訴訟行爲之性質爲標準，則可分爲攻擊、防禦、審判三者。蓋在探告劾主義之下，刑事訴訟，乃爲審判上之戰鬪。即原告與被告，各立於敵對地位，以爲戰鬪行爲。法院則居於其上，而裁判其勝負。此居原告地位所爲之戰鬪行爲，稱曰攻擊。居被告地位所爲之戰鬪行爲，稱曰防禦。二者非各當事人相對爲之，係向法院爲之。以聽受其裁判。至法院則因依實體真實發見主義，不應爲當事人攻擊或防禦之行爲所拘束。故其審判行爲，亦係依職權爲之。且其範圍，只須不背法定程序，至爲寬汎。

第三 以訴訟程序之順序爲標準。則合公訴自訴。首可大別之爲第一審第二審第三審程序。第一審又可分爲起訴及審判程序。第二審及第三審。又可分爲上訴及審判程序。以外則有附隨之抗告、非常上訴、再審各程序。又在公訴。則於起訴之先。尙有偵查程序。

## 第二款 訴訟行爲之效力

### 第一 訴訟行爲之要件

刑事訴訟行爲。與民事訴訟行爲不同。民事訴訟行爲。以係關於私益。而採形式真實發見主義。故關於其成立及生效之要件。除民事訴訟法有特別規定外。類皆準用民法法律行爲之規定。就中如訴訟能力。民事訴訟條例已設有明文。以民法上之行爲能力爲準（民事條例五四）餘如關於意思表示之要件。亦多須依民法之規定。（參照民事條例五七八、二二等）若刑事訴訟行爲。則以係關於公益。而採實體真實發見主義。故關於其成立及生效之要件。除刑事訴訟法有特別規定者外。自一般言之。只須以有無事實上之行爲爲準。如行爲人有意思能力。並已爲事實上之行爲。即得認有訴訟行爲之成立。並發生訴訟法上之效力。至於民法關於法律行爲或意思表示之要件之規定。如行爲能力、真意保留、虛僞表示、錯誤、詐欺、脅迫等。類皆不能適用。故自訴人及被告。均只須有意思能力。即得獨立爲完全有效之訴訟行爲。法律雖另許被害人或被告之法定代理人、保佐人、配偶。得於訴訟上爲種種行爲。但並非此時該被害人或被告

即不得自爲該項行爲也。

刑事訴訟行爲之不成立。與無效。應區別之。如事實上尙不能認有行爲成立。固無效力如何之問題。此項行爲。儘可放置不問。但如事實上已得認有行爲成立。則雖屬違法。不能發生實體之效力。亦有形式之效力。即於法律上。不得放置不問。通常均須有裁判以宣告其無效。

刑事訴訟行爲。有由刑事訴訟法規定其要件或程式者。如不具備。即屬違法。通常固不能發生實體之效力。但亦有完全於其效力無所影響者。如扣押或搜索未經法定之人允許或在場。(一二九、一三三、一四一、一五二、一五三)偵查未經密行。(三三七)又偵查中訊問被告、證人、鑑定人、搜索、扣押及勘驗。無急迫情形。而不命書記官在場。(二四一)其程序固屬違法。但仍完全有效。所作筆錄並所蒐集之證據。亦屬合法。得爲裁判之基礎。又刑事訴訟法有特種規定。係訓示規定之性質。違背之時。並未有制裁或救濟之規定。其於訴訟法上之效力。不因其違法而受影響。固無待論。如拘提或逮捕被告。未依第五十四條第五十五條之規定。諭知判決。未依第三百零九條之規定。雖亦屬違法。但於該行爲之效力。全無影響。且與前二者異。於訴訟上別無制裁或救濟之途。刑事訴訟法關於訴訟行爲之要件或程式之規定。其性質有此三種。此則應行注意者也。

## 第二 訴訟行爲之條件

訴訟行爲之條件者。訴訟行爲之效力。依行爲人之意思表示。而決定於將來發生不確定之事實也。條件非由意思表示所定。而依法律規定或其性質當然應有者。爲法定條件。即前述之要件。非此之所謂條件。如聲請停止羈押。必須具保。許可停止羈押之聲請。將被告釋放。必須接受所定之保證金或證券證書。（七四、七六）乃依法律規定應有之條件。又如附帶民事訴訟之存續。須以刑事訴訟之存續爲前提。以足認推事執行職務有偏頗之虞爲原因。而聲請迴避。須以該推事尚有職務可以執行爲前提。乃因行爲之性質應有之條件。均非真正之條件也。

訴訟行爲之條件。可分爲二種。其效力之發生。決定於條件之成就者。稱曰附停止條件之訴訟行爲。其效力之消滅。決定於條件之成就者。稱曰附解除條件之訴訟行爲。訴訟行爲許附條件與否。學者中頗有議論。余見不可概論。應審按該訴訟行爲之性質。視其附加條件。是否合於訴訟法全體之趣旨以定之。如聲請調查證據。固可許附條件者。起訴、判決、提起上訴、撤回起訴及上訴等。則不許附條件者。自大體言之。刑事訴訟法之趣旨。在於敏速確實。訴訟行爲許附條件。自以解爲例外爲宜。

### 第三 訴訟行爲之處分

訴訟行爲之處分者。行爲人以行爲將其爲某訴訟行爲之權利放棄。或使某訴訟行爲已發生之效力消滅之謂也。前者稱曰某權利之捨棄。亦簡稱曰某訴訟行爲之捨棄。後者稱曰訴訟行爲之撤回或撤銷。訴

訟行為雖經捨棄。撤回。撤銷。通常為該行為之權利。並其基本權利。并不因以喪失。如聲請調查證據之權利。雖經捨棄。調查證據之聲請。雖經撤銷。在該審及上級審。聲請調查同一證據之權利。并不喪失。附帶民事訴訟之起訴權。雖經捨棄。或雖經撤回起訴。而在獨立民事訴訟之起訴權。並其基本權利。仍屬存在。其適例也。但亦有例外。如捨棄上訴權。抗告權。或撤回上訴及抗告。即喪失其上訴權。抗告權。(三七〇I、四三二) 撤回起訴。除喪失其起訴權外。刑罰權亦因以消滅(二六四II、三四七)是也。刑事訴訟行為。得處分與否。應分別論之。

(一) 為訴訟行為之權利。得捨棄與否。不可概論。如上訴權。抗告權。即得捨棄者。反是強制辯護案件用辯護人之權利。則又不得捨棄者。自大體言之。刑事訴訟。本為強迫辯護。故為某訴訟行為之權利。如係為公益之目的而設。則應解為不得得捨棄。

(二) 訴訟行為。得由行為人撤回或撤銷與否。亦不可概論。如起訴之撤回(二六四I、三四七I) 告訴之撤回(二一九I) 上訴之撤回(三三六七) 押票之撤銷(七二) 等。刑事訴訟法固有明文。但並無一般規定。應就具體情形。審按法律之精神。尤須謀刑事訴訟法注重敏捷確實之趣旨之調和以定之。並應注意後述各點。

甲 判決應宣告者。於宣告後。毋須宣告者。於途達後。為判決之法院。即不得自行撤銷。蓋以判決定有

上訴方法。應由上級法院更正故也。

乙 裁定原則亦於送達或宣告後。不得由爲裁定之法院。審判長受命推事。受託推事。自行撤銷。但關於訴訟指揮及法庭警察之裁定。並證據裁定。應許撤銷。又一般裁定。經抗告後。原審法院認該抗告有理由者。亦許撤銷。乃爲刑事訴訟法第四百十九條所明定。

丙 處分與裁判不同。不能同一解釋。其由法院爲之者。既未定有聲明不服之方法。應解爲無羈束力。得由該法院自行撤銷更正。至撤銷更正之是否違法或不當。乃屬另一問題。例如於諭知有罪時。或諭知不受理而仍有必要情形時。將押票撤銷（參照三二八）雖屬違法。但仍有撤銷原羈押處分之效力也。至於審判長受命推事。受託推事及檢察官所爲之處分。刑事訴訟法於特定情形。雖定有聲明異議之不服方法（一九九、四二七、四二八）但亦應解爲得自行撤銷更正。其是否違法或不當。亦屬另一問題。

丁 爲訴訟行爲。如爲訴訟法上之權利。當事人係本於該項權利以爲者。原則應許其撤回或撤銷。故如迴避之聲請。辯護人之選任。調查證據之聲請。應許撤回或撤銷。固無疑義者。但有次述例外情形。

- 1 該行爲已引起他種訴訟行爲者。例如迴避之聲請。已經裁定者。自不許撤回。

- 2 該行爲已形成特种法律狀態者。例如撤回上訴。致喪失上訴權。并原判決確定。則亦不許撤銷。

戊、撤回或撤銷之問題。僅就狹義之訴訟行為。即為法律行為之訴訟行為言之。若事實行為。如被告證人、鑑定人所為之供述。均不發生撤回或撤銷之問題。此等行為。即令前後歧異。或事後否認。以前之供述。亦應由法院以自由心證判斷其真偽。

#### 第四款 訴訟行為之代理

刑事訴訟行為。以係採實體真實發見主義。故關於代理。不能與民事法律行為及民事訴訟行為。同一解釋。分別論之如次。

第一、法院及檢察官之訴訟行為。乃絕對不許代理。法院編制法就此項機關所設之代理規定。如第四十八條、第五十一條、第五十二條、第九十九條、第一百零一條至第一百零三條等。並非真正代理關係。不過由所謂代理者。居於該推舉或檢察官之地位。以攝行其職務。仍係代表國家為之。並非代理被代理者。而及其效力於本人。又審判長或受命推舉。依法代表合議庭為訴訟行為。亦非代理關係。檢察官依一體原則。以為代理者亦然。餘如受託推舉或其他官吏官署。依共助以為訴訟行為。則係本於其獨立之權限。尤無代理可言。

第二、其他訴訟關係人之訴訟行為。亦以不許代理為原則。分述之如次。

(一) 被告之訴訟行為。刑事訴訟法許代理如左列。



甲 最重本刑爲拘役或專科罰金之案件。得委任代理人出庭。(二七二)

乙 原審之代理人。爲被告之利益。得代爲上訴。(三六〇)故必原爲得用代理人之案件。且在原審已經委任者。始得有此權限。

丙 被告於檢察處或法院所在地。無應受文件送達之住址或事務所者。關於送達。得用代理。(一九

#### 四 II 卅)

丁 辯護人。雖非被告之代理人。但被告之防禦權。得代行為使。已如前述。

戊 輔佐人。雖亦非被告之代理人。但亦得行使被告一部防禦權。亦如前述。

己 被告之法定代理人。保佐人。配偶。刑事訴訟法規定其得獨立爲種種訴訟行為。固亦非代理關係。

但該各權利。類爲被告所有。自亦係代爲行使。(參照一六五 II 三五九、四三二、四四六等)

(二) 自訴原則應由被害人提起。(三三七、三五二)但有例外。許被害人以外之人。亦得獨立提起。既定該等人得獨立起訴。則以後之訴訟行為。自亦應解爲得由該等人獨立爲之。惟起訴權本爲被害人所有。故該等人雖非被害人之代理人。通常亦應解爲係代被告行使權利。(參照三三八)又刑事訴訟法。雖僅規定自訴人得委任代理人出庭。(三四五)但起訴亦得解爲委任代理人爲之。

(三) 辯護不問其爲強制辯護或任意辯護。亦不問其爲指定辯護或選任辯護。均應解爲如有不得已

之事由得委任代理人。

(四) 告訴除被害人本人外(二二三)尚有以外之人得獨立爲之者。刑事訴訟法亦有明文。(二一四

至二一六)惟此等人原則係代被害人行使權利。又此等人既得獨立爲告訴。自亦得獨立將其所

爲告訴撤回。又被害人自行告訴或撤回時。許用代理人與否。雖不無疑義。此等行爲。許用代理。亦與

(三) 發見實體真實之主義。不自妨礙。相以許之爲宜。

(五) 自告發及其撤回。亦如告訴。以許用代理爲宜。

(六) 被告之法定代理人、保佐人、配偶。爲輔佐或其他訴訟行爲。許用代理人與否。亦不無疑義。余謂此

等人應由該各人親自或以自己名義爲之。乃其性質所當然。

(七) 證人、鑑定人不許代理。亦其性質所當然。

### 第五款 訴訟行爲之程式

各個訴訟行爲。有依法律規定須特別程式者。當就該訴訟行爲論之。茲僅就一般程式。即用語、文件、送達三者論述之。

#### 第一項 用語

關於法院之用語。法院編制法第八章第六十九條至七十一條有明文規定。分述之如次。

第一 審判衙門行審判時。以中國語言爲準。(法編法六九應注意之點有二。)

(一) 法院編制法。係定明審判衙門行審判時。飲其適用。只限於狹義法院之審判上用語。申言之。此規定專於法院行審判並受命推事受託推事行調查時。始有適用。其最著者。即審判長受命推事之訊問被告。訊問證人。鑑定人。(二七八、二八六、二九七)及爲其他各種諭知或詢問。(如三〇九、二八四、二九八、三〇二)列席推事之訊問。(二九六)檢察官之爲陳述。(二七七)詰問、覆問。(二八六、二至四)辯論。(三〇〇)被告之爲陳述、詰問、覆問。(二八六、二至四)辯論。(三〇〇)證人。鑑定人之爲陳述。各種朗讀宣讀。(二七五、二七九、二八五、一八五等)等是。總之。凡訴訟行爲。在審判上即訴訟上爲之者。不問其係爲推事或當事人。抑其他訴訟關係人所爲。亦不問其係在法庭所爲。均須適用本條規定。至於非審判上即訴訟外之訴訟行爲。其在偵查中所爲之行爲。如向司法警察官或檢察官爲告訴、告發、自首。及司法警察官檢察官之訊問被告、證人。並被告、證人。鑑定人之爲陳述等。毋庸適用本條。固不待言。即書記官、司法警察、承發吏與當事人或其他訴訟關係人在審判開始後所爲之訴訟行爲。只須非行審判時所爲。即令與訴訟有關。如關於抄閱卷證、送達等。亦不必適用本條。

(二) 法院編制法係定明以中國語言爲準。故推事與一切訴訟關係人。在審判上交通意思。自應以中國語言爲之。即用中國文字。亦在所不許。惟有二問題。

甲 被告及其他訴訟關係人。如為聾啞人而能用文字達意思者。其與推事交連意思。是否得用中國文字。余謂此時。雖不能嚴守言詞審理主義。而尚能適用直接審理主義。自得許用中國文字。毋庸更用通譯。(註一)

乙 推事如通訴訟關係人所用外國語言者。是否得選用該外國語言審問。再由其轉譯。以制作筆錄。余謂法律既無特別明文。應解為推事不得兼任通譯。(註二)

註一 參照民事訴訟條例第二百五十條第二項。

註二 日本法院編制法第一百十八條設有准許之明文。

如上所述。法院行審判時。應以中國語言為準。故法院編制法第七十條。又規定「原被告及中證人。鑑定人等如有不通中國語言者。由繙譯傳譯。其有不通審判官所用中國語言者亦同。如無繙譯而審判衙門或檢察廳內執事各員。有能通原被告及中證人。鑑定人所用語言者。得委令傳譯。」此所謂繙譯。即刑事訴訟法所謂通譯。如係臨時選定者。應準用鑑定人之規定。(一一六)如係由繙譯官充任者。則應準用推事迴避之規定。此已於前述之矣。

第二 審判衙門之案牘。用中國文字記錄之。如恐兩造爭執或有必需時。得附錄外國語言及各省土語存案。(法編法七一)此所謂案牘。即訴訟卷宗之義。雖僅標明審判衙門。但檢察廳之文件。亦應編為卷宗而

送交於法院。(一九三二五八二)故此項規定。於司法警察官檢察官、行偵查時所制作之文件。亦有適用。故凡屬關於訴訟之文件。不問其為審判上或審判外所為。亦不問其為實施刑事訴訟程序之公務員所為。抑為被告及其他訴訟關係人所為。且不問該訴訟關係人與實施程序之公務員。交通意思。是否用中國語言。如需成為案牘即卷宗。則必須用中國文字記錄之。但茲宜注意者。此僅專就成為案牘之文件言之。若僅屬證據物件性質之文件。如證書及勘驗鑑定之標的物等。則無適用。此等文件。如須交案或存案時。仍須以用該外國文字或各省土語記錄之原物提出。自不待言。

## 第二項 文件

### 第一 文件程式概說

表示或交通意思之方法。不外言詞與文書二種。故為訴訟行為之方法。亦僅此二種。究須用何種方法。應依法律規定以決定之。其中有定為必以言詞為之者。如證人為證言是有定為以言詞或文書為任意者。如鑑定人為鑑定是(參照一二三三)有定為必以文書為之者。如起訴(二五八一)上訴(三六四)裁判(二八二)等是。必用言詞之訴訟行為。刑事訴訟法僅就辯論規定其程式。別無一般規定。若必用文書之訴訟行為。則除就各訴訟行為規定其特別程式外。並特設文件一章。規定其一般程式(註)以下所說明者。即此一般規定也。至於特別規定。當就各訴訟行為說明之。又茲宜注意者。文件一章之規定。僅限於用

文書爲必要程式之訴訟行爲。始應嚴格適用。若係任意用文書之訴訟行爲。則雖不遵守該項程式。於其效力亦無所影響。例如囑託共助、通知選任、或指定辯護人。得不依本章程式。已於前述之矣。

註 刑事訴訟法於當事人及其他訴訟關係人所用文書。概稱曰書狀。（參照二八、二五八、三六四、一二三、三三三、三三三）

## 第二 文件之種類。

刑事訴訟法第十三章所稱文件。實與文書同義。不過應嚴格適用該章之規定者。僅以用文書爲必要程式之訴訟行爲爲限。已如前述。文書一般之觀念。已毋庸叙。茲僅就刑事訴訟法研究上之必要。說明其重要分類如次。

(一) 爲訴訟行爲必要程式之文件。與非爲必要程式之文件。此其區別。前已略述。凡刑事訴訟法或他法令。定明某訴訟行爲必以某文書或書狀爲之者。即屬前者。在此種文件。其在刑事訴訟法上之效力。不僅有爲刑事訴訟之證據之效力。且有爲該訴訟行爲之成立要件或有效要件之效力。如起訴書狀。不僅起訴事實。得因之證明。即起訴行爲。亦須固以成立。（參照二五八、一）又判決通常固因諭知而對外成立。並發生效力。但非由推事作成判決書原本。並由書記官作成正本。送達於當事人。則無從起算上訴期限。（參照一八一、一八六、一八七、三六三）此項文件爲訴訟行爲要件之適例也。至於後者。即

非爲訴訟行爲必要程序之文件。其性質既與前者異。其訴訟法上之效力。自亦不同。通常均僅有爲刑事訴訟之證據之效力。惟關於證據力之點。則無論其爲形式證據力。抑爲實質證據力。二者除法令有特別規定外。(例如三三四)類無優劣之差別。(註)

註 關於當事人書狀。民事訴訟條例第四百十一條有特別明文。即於言詞辯論外。關於訴訟所爲之聲明或陳述。除依該條例得以言詞爲之者外。應以書狀爲之。且就書狀之程式。於百四十二條以下設有規定。須依該項規定作成之。刑事訴訟法既無此規定。不能爲同一解釋。當事人關於訴訟所爲之聲明(聲請)或陳述。雖係於審判程序外所爲。亦不得解爲非依第十三章所定之程式之文書爲之。即屬無效。

(二) 應由公務員制作之文件(公文書)與應由非公務員制作之文件(私文書) 此爲刑事訴訟法所明定之種類。(一八九、一九一)前者如提起公訴書狀、裁判書、審判案錄是。後者如提起自訴書狀、被告或自訴人提起之上訴、抗告、再審書狀是。無論何種。凡經刑事訴訟法規定其制作人之時。則類皆須嚴格適用同法第十三章之規定。

(三) 證據文件與非證據文件。前者如各種筆錄是。後者如各種裁判書各種書狀是。後者固亦有證據力。如起訴書狀。即有證明起訴事實之效力。判決書即有證明判決事實之效力。但究不若前者恆於

本訴訟爲證據方法而爲辯論及裁判之標的。

(四) 爲卷宗一部之文件與爲證據物件之文件。凡文件應編入卷宗者。則爲卷宗之一部。未編入卷

宗之文件。如在本訴訟爲證據方法而應存案者。刑事訴訟法則與其他證據統稱曰證據物件。以與卷

宗相別。(參照一九三、三五八、三七八、三九八、四二二)此二者爲證據時。雖其效力通常

無差別。但在審判時。如爲後者。則應依第二百零八十四條辦理。如爲前者。則應依第二百零八十五條。第

百七十九條、第二百零九十一條、第二百零九十三條第二項等辦理。

(五) 應送達之文件。與不應送達之文件。前者如傳票(三七、八九等)通常之裁判書(一八七)

第三審上訴書狀或理由書答辯書(二九五、三九六)等是。凡關於刑事訴訟之文件。應送達者。刑事

訴訟法類皆有明文規定。未有明文之文件。則屬於後者。文件如屬應行送達者。除文件所表現之行為

有其固有之效力外。即該送達行爲。亦恆由法律付有特定之效力。如傳票未經送達。則被傳人毋庸到

案。不得因其不到案而命拘傳或逕行判決及爲其他處分。(參照四〇、九五、一一一、三一一等)裁判書

未經送達。則無從起算上訴或抗告期限(三三三、四一七)等是也。

(六) 原本正本繕本節本。此民刑事訴訟法共通之用語。原本乃謂制作之原文書。正本繕本均謂照

錄原文書全部之文書。但正本於法律上與原本有同一之效力。且有經法律付與以特別效力者。如判



決書正本。即與其原本無異。非以正本送達。則其送達爲不合法。又須正本始得爲債務名義。其適例也。至繕本則並不能與原本同視。通常僅能爲證明或通知之用。別無其他效力。凡照錄原文書全部。而以正本制作並送達者。須有特別明文。否則僅須以繕本制作送達。（參照一八七、三四二、三九五、三九六、民訴條例一六一）又節本則謂節錄原文書一部之文書。凡當事人提出文書以爲訴訟行爲。通常均須提出原本（註一）即檢察官或法院扣押文書以爲證據物件時。通常亦須扣押原本。繕錄或節錄原本以爲證據者。究屬例外。又當事人提出書狀或其附屬文件。如應送達於他造者。除原本外。應按應受送達之他造人數提出繕本（註二）

註一 民事訴訟條例第四百十四條第一項。雖定明當事人於書狀內引用所執證書者。除該證書原本外。並得僅添具繕本。刑事訴訟探實體真實發見及直接審理主義。通常自不能同一解釋。

註二 參照民事訴訟條例第一百四十五條。

### 第三 文件之制作者

文件應由何人制作。通常固得依該文書之性質以決定之。如公訴起訴書制作者之應爲檢察官。裁判書制作者之應爲推事。告訴、告發或請求書狀制作者之應爲該告訴、告發或請求之人。乃均無疑義者。故自一般言之。私文書之制作者。應與私文書之名義人一致。申言之。私文書。必爲其所記載之名義人親自作

成。或由人合法代理作成。始爲真正。否則其成立（即形式之效力）及效力（即內容又曰實質之效力）不免發生問題。但在公文書。則其名義人爲官公署。而制作者則爲代表官公署之公務員。何項公務員得代表制作文書。應視其職務上有無此權限以決定之。刑事訴訟法特於第一百八十八條。規定法院或檢察官之文件。除有特別規定外。應由書記官制作之。蓋依法院編制法第一百二十八條。第一百三十三條第一項。法院及檢察處錄供及文牘事項。本爲所置書記官之專權。故除本法或他法令有特別規定外。法院或檢察處關於刑事訴訟之文件。自應由書記官制作之。就中如各種筆錄。即訊問被告筆錄。訊問證人筆錄。扣押筆錄。搜索筆錄。勘驗筆錄。偵查筆錄。審判筆錄。執行死刑筆錄等。刑事訴訟法雖定明應併由爲該調查或該命令之審判長。受命推事。受託推事。或檢察官署名蓋章。且有時得僅由該審判長推事或檢察官署名蓋章。（六四四、一一五Ⅲ、一五五Ⅲ、一六三Ⅱ、二五七Ⅰ、三三三、四八三Ⅱ）又依法院編制法第一百三十七條第一項。書記官制作此等筆錄。固亦應服從該推事或檢察官之命令。但制作之權限。究仍專屬於書記官。故法院編制法同條第二項。又定明書記官記錄口供或更改文書。如認該命令爲不當。應附記其意見。又刑事訴訟法雖定明發傳票。拘票。通緝書狀。押票。搜索票。捕票等之權。屬於法院或審判長。受命推事。受託推事。檢察官。首席檢察官。或檢察署長。（參照三五Ⅱ、八七Ⅱ、一一七、四四Ⅱ、九六Ⅰ、五〇Ⅱ、六七Ⅱ、一四二Ⅱ、四八七Ⅰ、四八八等）並應由此等人在該各書狀署名。（參照三六Ⅱ、八八Ⅱ、一一七、

四五Ⅱ、五一Ⅱ、六八Ⅱ、一四三Ⅱ、四八九Ⅱ等）但制作此等文件。應解爲除該各員有權限外。書記官亦有權限。故除該各員得親自制作外。書記官亦得依其命令制作之。

註 民事訴訟條例第九十條。定明傳票應由書記官制作。舊刑事訴訟律第七十三條第二項至第四項第八十四條。第二百零三條。亦定明傳票、拘票（原稱勾票）押票應由該審檢廳書記官簽名。刑事訴訟法將該項規定刪去者。蓋以已有第一百八十八條及第一百八十九條規定。毋庸再設規定之故。並非謂此等文書。應全由發此等命令之人制作。不應由書記官制作也。（參照修訂法律館刑事訴訟法草案第四十三條所註刪去原案第七十三條之理由。該理由內所稱與第二百十六條重複云云。當係與第一百九十五條第一百九十六條規定重複之誤。）

上述各種筆錄。刑事訴訟法定明應由制作人之書記官以外之人。即上述推事或檢察官署名蓋章者。蓋以此等人對於書記官制作該項文件。本有命令權。使其署名蓋章。即使其負監督責任之意。此外法律尙有一用意。即由該推事或審察官確保其證據力。刑事訴訟法於該項官東外。更使參與或監視該文件內所載行爲之人署名或捺指紋。如訊問被告筆錄。應由被告署名或捺指紋（六四Ⅳ）訊問證人或鑑定人筆錄。應由證人鑑定人署名或捺指紋（一一五Ⅲ、一一七）扣押或搜索筆錄。應由在場之人署名或捺指紋（二五五Ⅲ）執行死刑筆錄。應由監獄長官署名蓋章（四八三丁）亦係同一用意。故在此等文件。只須

係書記官本於其權限所制作。雖未由該推事或檢察官及參與或蒞視之人署名蓋章或捺指紋仍屬有效成立。不過其證據力致受影響。但法院仍得依自由心證判斷之。

#### 第四 文件之程式。

文件中之重緊者。其程式除適用通則之規定外。尚須適用特別之規定。如裁判書（一八三、三二一至三二四）起訴上訴等書狀（二五八、三六四等）各種筆錄（六四、一一五、一五五、一六三、二五七、三三三、四八三、四八四等）並傳票、拘票、押票、搜索票、捕票（三六、四五六、八一四、四八九等）等均是。以下所述者。僅刑事訴訟法第十三章通則之規定也。（註）

註 前述法院編制法第七十一條之規定。亦為通則規定。

#### （一）應由公務員制作之文件。

文件應由公務員制作者。不問其應為書記官所制作。抑應為其他公務員所制作。均應記載制作之年、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。且不得竄改或挖補。若有增加刪除或附記者。應蓋印其上。並明記字數。其刪除處應留存原文以便辨認。（一八九、一九〇）此所謂署名。即親自簽書其名之義。公署即指其所屬之公署。蓋騎縫印。亦以用公署印蓋之為宜。但在通常多係以公務員名章代之。增加與附記之區別。即增加乃於本文添入文字或語句。附記則係於本文外添

記語句。本法亦有就附記設有明文者。如第一百八十三條第二項、第三百三十三條第二項之規定是也。上述規定。是否應嚴格適用。申言之。即該項程式。對於用文件所爲之訴訟行爲。是否爲要件規定。非遵守則不得認爲有效成立。抑僅爲訓示規定。即不遵守。仍於其成立及效力無所影響。余謂不能一概論之。在用文件爲必要程式之訴訟行爲。易言之。即應依刑事訴訟法制作文件之訴訟行爲。固應嚴格適用。但如違背之時。是否即不發生效力。亦應解爲只遺漏署名之時。始應解爲無效。蓋以此時乃欠缺制作者。自不能使其生效。若僅有其他違背之情形。則其成立及內容真實如何。乃爲事實問題。應由法院調查判斷。若制作文件並非依本法爲必要程式者。則不遵守。於其效力不生影響。更不待言。又即在應嚴格遵守。違背即屬無效之文件。亦僅屬不生實質之效力。仍有形式之效力。即該文件既於事實上存在。則依該文件所表示之訴訟行爲。仍屬成立。即於法律上不能置諸不問。故如檢察官起訴書狀。未經該檢察官署名。仍可發生訴訟拘束。法院應爲公訟不受理之判決。又如訊問證人筆錄。未經該書記官署名。亦未經審判長或推事署名。分別記明其不能署名之事由。(參照三三三)亦僅不能爲合法之證據。而仍有執行證據裁定之效力也。(註)

註 署名通常關係由制作者簽署姓名。但在實例。審判長或推事於指定審判日期單、傳票、拘票等類繁文件。亦有以蓋用名章代替署名者。又裁判書原本或正本。及各種筆錄。忘於增刪附記之處蓋印。或

記明字數。亦所恆見。慣例亦未解爲無效。

(二) 應由非公務員制作之文件。

文件應由非公務員制作者。應記載年月日並署名蓋章。非公務員於文件應行署名蓋章而不能者。使他人代行署名蓋章。代行人應記載事由。一併署名蓋章。(一九一、一九二)茲宜注意者。即此所謂應由非公務員制作之文件。乃指非公務員關於刑事訴訟應制作之文件。且應嚴格適用本章程式之規定者而言。如自訴人之起訴書狀、被告之上訴書狀等是也。應由非公務員制作之文件。未依上述程式制作。如未經署名蓋章、或使人代行署名蓋章而代行人未記載事由時。其效力如何。如屬應嚴格適用程式規定之文件。如上述書狀。法院自應命其補正。如不補正。則認爲不合程式。不能使其發生實質之效力。以外之文件。仍應由法院依自由心證判斷其效力。只須實係本於制作者之意思。不能單以其未遵程式。即認其無實質之效力。

第五 文件制作之時期。

關於文件制作之時期。刑事訴訟法。並無一般規定。但亦有定其提出或送達之期限或期間者。(參照三六三、三九四、四一七、二六六、三九五、三九六、四一四、四一九等)如其期限爲法定之不變期限。如提出上訴抗告書狀之期限。自應於該期限內制作。否則違法。不能生效。以外則多爲訓示規定。即不於期限或期間

內制作或提出。亦非無效。又刑事訴訟法第一百八十九條、第一百九十一條。所稱應於文件記載之年月日。通常固爲該文件所表現之行爲成立之時期。但應注意左列二點。

(一) 裁判書應記載裁判之年月日。(一八三、一八五)非指裁判書制作之年月日。乃指裁判於其內部成立之年月日。即判斷決定之時期。與依其判斷以制作裁判書之時期。不盡相同故也。(參照一八六、三〇九、民訴條例二六三、二六八)(註)

註 裁判之成立與諭知及送達。本各爲一事。其時期自不能一致。又通常裁判書之年月日。多記載宣告之年月日。

(二) 筆錄因多須朗讀。(六四二、一一五二)故其性質上固須於筆錄內所記載之行爲完畢之時作成。否則爲違法。(註)但審判筆錄。以刑事訴訟法有第三百三十二條之規定。與其他訊問筆錄不同。自毋庸於當時作成。即同條所謂審判筆錄應於每次開庭後五日內整理。亦應解爲訓示規定。未行遵守。仍不能謂爲無效。

註 筆錄未當時作成朗讀。通說固均解爲無效。余謂如該筆錄嗣後曾經於審判時宣讀。而當事人并無異議。(參照二八五)或由其他情形。足認當事人顯無異議之時。亦可認爲有效。

## 第六 卷宗之編制。

文件應由法院或檢察處之書記官編爲卷宗。(一九三)蓋依法院編制法第一百二十八條。第一百三十三條。編案爲法院及檢察處書記官之權限。故刑事訴訟法定明此旨。惟茲宜注意者。此所謂文件。乃指關於案件之文件。應由檢察處或法院保存者而言。(參照民訴條例二八一)故雖爲關於案件之文件。而非應由檢察處或法院保有者。如應送達或交付於訴訟關係人之傳票、通知書、裁判書正本、扣押收據(一二二一)等文件。其性質即不得編入卷宗。暫時存案而終應返還於各訴訟關係人之文件。即屬於證據物件者。(參照二五八II、二七八I II等)亦不得編入卷宗。

卷宗之功用。即在爲法院保存證據。凡訴訟上之事實。即自偵查開始以至審判終結之訴訟進行狀況。均須體察卷宗內記載或表現各訴訟行爲之文件。始得明瞭。而在偵查中或下級審所提出或蒐集之訴訟資料。尤須待該文件以爲第一審或上級審法院保存。就中審判中之訴訟程序。且專以卷宗內之審判筆錄爲證。(三三四)卷宗之編訂方法。應於各法院辦事章程定之。(註)其保存期限。亦以法令定之爲宜。至其最終之保存機關。自爲該案件第一審法院同級之檢察處。

(註)辦事章程名稱。係從法院編制法第四十七條所定。現多稱曰處務規則。

## 第二項 送達

送達(Zustellung)者。由送達機關依一定程式。交付文件。而通知發生訴訟法上效力之特定事項於當事



人或第三人之訴訟行為。故送達之實質意義。固爲告知特定事項。而形式意義。則爲由送達機關依定式以交付文件。自訴訟程序言之。極之重要。故如裁判之宣告。雖亦係告知之方法。但與送達爲兩事。又如檢察處或法院。雖係向當事人或第三人交付文件以爲告知。例如檢察官當場將起訴書繕本交付告訴人以告知起訴。而非依法定之送達機關及程式。亦不得謂爲送達。又送達之客體。固爲文件。但非一切文件之交付。均應依送達之程式。又應送達之文件。固不以法院制作者爲限。亦不以於起訴後制作者爲限。故如被告、證人、鑑定人之傳票。固應送達者。但有爲檢察處書記官制作者。且其制作恆在起訴以前。又自訴人起訴繕本。乃爲當事人所制作者。(參照三四二)法定代理人之第三審上訴書狀繕本。乃爲第三人所制作者。(參照三九五)然亦均應送達之文件也。又送達之目的。雖在通知。但非一切通知。均須依送達之方法爲之。如選任辯護人之通知。不應依送達。固不待言。反是如審判日期之通知。則又應依送達爲之。(參照二六五、二六八)自一般言之。通知實與送達有別。法文僅定明通知。未定明送達者。自毋庸依送達程式也。送達除有特別規定外。(例如後述二〇〇Ⅳ)通常於法定程序實施後。即發生法定之效力。如判決之上訴期限。應自其送達後起算。傳票送達後。被傳喚人即有到案或出庭之義務。違背此義務。應受訴訟法上之制裁。(參照四〇九五、三二二、三二八二等)此均送達法定之效力也。又送達如不依法定程序實施。則爲不合法。通常該應依送達通知之訴訟行爲。至少亦不能發生通知之效力。如上述傳票未經合法送達。則不能發生

傳喚之效力。判決未經合法送達。則該判決雖已生效。但無從起算上訴期限。其適例也。但亦有送達雖不合法。而應受送達人未於適當時期提出異議。該項違背程序之瑕疵。即可因以補正者。如自訴或附帶民事訴訟之訴狀繕本。未送達於被告。如被告無異議而逕行應訴。即不得謂其不合法。即一適例也。

刑事訴訟法。關於送達程序。既於第二百零三條。定明除本章有特別規定外。準用民事訴訟法。故關於送達程序之一般說明。應讓諸民事訴訟法。茲僅就刑事訴訟法第十四章之特別規定。分別說明如次。

第一 關於送達處所者。

(一) 當事人、辯護人、輔佐人。為接受文件之送達起見。偵查中應將其住址或事務所向檢察官聲明。審判中應向法院聲明之。(一九四丁) 爲此項聲明者。其效力及於同地之各級法院。(一九五) 蓋依民事訴訟條例第六十三條規定。送達原則應於應受送達人之居住所或事務所行之。故刑事訴訟法定明當事人等因受送達。應分別向檢察官或法院將其住址或事務所聲明。且爲此聲明後。無論其係向檢察官或法院爲之。對於以後之各級法院。只須同在一地。均有效力。毋庸更爲聲明。惟茲應注意之點有五。

甲 此所稱當事人。乃專指刑事被告、自訴人及附帶民事訴訟當事人而言。對於檢察官。以有第二百零一條規定。自無適用。

乙 第一百九十四條第一項規定。僅於在管轄法院所在地。有一定住址或事務所者。始有適用。否則應適用同條第二項規定。

丙 此所謂住址。乃包含住所。居所而言。(參照一三二)即與民事訴訟條例第六十三條之居住所相當。故如住所不在管轄法院所在地。而居所在該所在地者。仍得將居所聲明。毋庸適用本條第二項。

丁 此雖未列及代理人。但代理人應準諸當事人。故有代理人者。該代理人自亦應依本條辦理。戊 法律就本項聲明。未另規定程式。自得任以書狀或言詞爲之。

(二) 當事人、辯護人、輔佐人。於管轄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。並聲明其姓名住址。代受送達人之住址。以本人之住址論。送達於代受送達人者。以送達於  
本人論。又此項聲明。其效力及於同地之各級法院。(一九四二Ⅱ、一九五)此項規定。乃對於民事訴訟  
條例第一百五十九條爲特別規定。蓋依該條規定。當事人或代理人雖於受訴法院所在地無居住所或  
事務所。亦非必須呈明居住該地之人爲代受送達人。此則只須當事人等於該所在地無一定住址或  
事務所。即應委託代受送達人。並聲明其姓名住址。以後即得逕向該住址送達。於送達於代受送達人  
時。即生送達於本人之效力。又該項聲明。得及其效力於同地各級法院。亦與前述者同。又此項聲明。亦

得任以書狀或言詞為之。

(三) 應受送達之人。為係在監獄或看守所。則因本可逕向監獄或看守所送達。故此項人毋庸將其住址或事務所聲明。亦毋庸聲明代受送達人之姓名住址。(一九六)惟對於此項人為送達。應囑託監獄

或看守所長官為之。蓋為維持監所之紀律也。(一九八)至此項囑託。應由檢察處或法院書記官為之。

自不待言。(參照民訴條例一四九、一五一)

(四) 應受送達人。即第一百九十四條所列之當事人、辯護人、輔佐人。雖未依該條將其住址或事務所

聲明。亦未將代受送達人之姓名住址聲明。苟該應受送達人之住址或事務所。為檢察官或法院所知

者。得將應送達之文件。以掛號郵信送達之。(一九七)送達之效力。應即於以文件交付掛號時發生。至

於該郵信已否遞到。并於何時遞到。在所不問。(參照民訴條例一五九)所以設此規定者。蓋為省手

續期迅速也。必須應受送達之住址或事務所。可通掛號郵信者。始有適用。自不待言。

第二 關於公示送達者。

(一) 公示送達之要件。

甲 實質要件。須有左列情形之一。(一九九)

1 住址不明者。此所謂住址不明。乃指應受送達人之住址或事務所。不為檢察官或法院所知

者而言。若僅未經聲明。而實爲檢察官或法院所知。則應依第一百九十七條辦理。又住址或事務所。雖屬不明。而係在監獄或看守所者。則應依一百九十八條辦理。均與本款不符。

2 以掛號郵件送達而不能達到者。此即指依第一百九十七條辦理。其掛號郵件不能遞到者而言。須有客觀原因。如所載住址實係錯誤。無法查明投遞者是。若僅主觀原因。如故意將住所隱晦或拒絕收受等。則應認爲已經送達。毋庸更爲公示送達。(註)

註 本款不無與第一百九十七條旨趣抵觸之嫌。立法上不免不當。

3 因居住於法權所不及之地。不能以其他方法送達者。此所謂法權所不及之地。不僅指民國領域之外。即在領域之內。如使館界租界依條約不能行使我國法權者。均可包含。又雖居住於法權所不及之地。而依本人承諾或協助辦法並其他方法得爲送達者。仍不得爲公示送達。

乙 形式要件。即公示送達屬於審判者須經法院許可。屬於偵查者須經首席檢察官許可。(二〇〇)

1 送達通常雖由書記官獨立依職權爲之。(參照民訴一四九)爲公示送達。則須法院或首席檢察官之許可。許可之形式。在法院應以裁定爲之。在首席檢察官則由其核定之。未經許可而爲公示送達者。不生效力。

公示送達之要件。僅如上述。無準用民事訴訟條例第八十三條之餘地。故毋須由當事人聲請。可逕

由該書記官向法院或首席檢察官請求。或由法院首席檢察官逕命書記官爲之。

(一) 公示送達之方法。

甲 公示送達。由書記官將應送達之文件。張貼於牌示處行之。(一〇〇Ⅱ)此牌示處。自指該法院之牌示處而言。(參照民訴一八四Ⅰ)

乙 第一次審判之傳票。應公示送達者。遇有必要情形。除依上述規定辦理外。並應登載報紙或以其他方法通知或布告之。(一〇〇Ⅲ)此項規定。亦係對於民事訴訟條例第八十四條第二項爲特別規定。故書記官爲此處分。毋庸準用該項。須有受訴法院之命令。得逕依職權爲之。法院或審判長認有必要時。應命書記官爲此處分。自不待言。有此必要而未爲該項處分以爲公示。亦不生效力。惟有適用者。只以第一次審判之傳票爲限。即謂第一次審判日期對於被告之傳喚。(參照二二八五)乃與第二百六十六條相適應之規定也。

(二) 公示送達之生效時期。

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。以已經送達論。(一〇〇Ⅳ)故公示送達。非自實施程序。即爲張貼或登載之時起。即發生送達之效力。尙應爲該行爲後。經過所定期間。始能發生送達之效力。只須經過此期間。即應生效。受送達人知悉與否並

自何時知悉均所不問。

### 第三 關於檢察官之送達者。

對於檢察官之送達。應向檢察官爲之。(一〇一)即法院應向檢察官送達之文件。應逕向該管檢察官或其繼任者送達。由其領收。始能發生送達之效力。

### 第四 關於送達機關者。

送達文件。除得由民事訴訟法所定之送達機關爲之者外。並得由司法警察爲之。此爲第二百零二條所規定。蓋從我國及他國之慣例而特定爲明文者也。(註)

註 送達不應解爲只應由司法警察爲之。本條不過爲便利計。於民事訴訟條例所定之送達機關外。增一送達機關而已。

## 第六款 訴訟行爲之時間

### 第一項 概說

刑事訴訟行爲。以迅速妥慎爲主旨。故應按訴訟進行程度。適宜爲之。不宜受時間及程度之限制。故法院編制法所定之司法年度。以及各法院辦事章程或處務規則所定之辦公時間。並休假期間。固於訴訟行爲之效力無影響。即星期日、慶祝日、或其他普通休息日及夜間。通常亦得爲訴訟行爲。又關於進行之秩序。通常

亦不爲訴訟程度所拘束。如檢察官訊問被告。不必在偵查開始之時。當事人於事實審提出證據。只須在辯論終結以前。亦別無其他限制。此一般之原則也。但法律計及程序之正確整齊。及個人之安寧便利。對於上述原則。亦設有例外。如搜索則有刑事訴訟法第一百四十九條之限制。送達則有民事訴訟條例第一百七十一條之限制。選任辯護人。須在起訴後（一六五丁）一二審諭知判決。須在辯論終結後。餘如審判程序。亦設有各種階段。此皆訴訟行爲有時期或程度之限制之適例也。此例外中之最重要者。則爲日期及期限。故特就此分別說明之。

## 第二項 日期

### 第一 日期之意義

日期(Termin)者。訴訟主體并其他訴訟關係人會合爲訴訟行爲之時間也。故日期必於關係人有會合爲訴訟行爲之必要時。始能見之。且其特徵。通常須將該會合之日期及處所（即刑訴法所稱應到之日時處所參照三六丁三、八八丁三）預行指定並通知。日期中之最重要者。爲審判日期。刑事訴訟法僅就此設有規定。（二六五至二六八）並無一般規定。學者中固亦有謂刑事日期。僅限於法院與當事人並其代理人會合爲訴訟行爲之時間者。余謂在刑事訴訟法之解釋。不僅當事人並其他關係人於法院之前爲訴訟行爲。得稱曰日期。即當事人或被告並其他關係人於檢察官受命推事。受託推事之前爲訴訟行



爲。亦可稱曰日期。故除爲辯論者稱曰審判日期外（亦稱辯論日期）餘如偵查、審判中訊問被告、調查證據者。亦可稱曰訊問被告日期。調查證據日期。自該關係人書之。又可稱曰到案日期（參照八九Ⅱ）又審判日期。均須預行指定。且被告第一次傳票。通常至遲應於三日前送達。有變更者。亦應通知。（二六五、二六六、二六八）又訊問證人、鑑定人之日期。通常亦應預行指定。且其傳票。應於日期二十四時前送達。（八九Ⅱ）惟檢察官訊問被告。除未羈押者仍應預定日期傳喚外。若已羈押者。應解爲因便利得逕行提訊。毋庸預定日期傳喚。

## 第二 日期之指定及變更。

凡傳喚或通知訴訟關係人到案或出庭者。其傳票或通知書。應記明應到之日時。（參照三六一、三八八）此預定日時之行爲。稱曰日期之指定。日期指定後。於其開始前另定他日期者。稱曰日期之變更。刑事訴訟法雖僅定明指定及變更審判日期。爲審判長之權限。（二六五、二六八）但受命推事、受託推事。亦應解爲有同一權限。檢察官亦然。又指定日期。固依職權爲之（參照民訴條例一八八）變更日期。則除依職權外。並得依聲請爲之（參照二六八）又指定或變更行爲。除檢察官所爲者係處分性質外。審判長等所爲者。係裁定性質。

指定日期。依刑事訴訟法第三十六條第一項第三款。及第八十八條第一項第三款。固以指定日及時。如

某日午前或午後某時爲宜。但僅指定日。不指定時。如僅定某日午前或某日。亦不能謂爲無效。

### 第三 日期之開始及終結。

刑事日期。是否於其指定之時間（如某日午前某時）屆至。即行開始。抑應有其他行爲。始行開始。學者中固有議論。余謂日期不因時間屆至而開始。乃因有識知開始之行爲而開始。在審判日期。爲朗讀案由之時。（二七五）在其他日期。則爲諭知開始或開始爲該日期之行爲之時。故應於日期到案或出庭之人。僅於所定日時屆至之時未到場。尙不得謂有遲誤。須於有開始行爲時。仍未到場。始爲遲誤。而應受遲誤之效果。至日期之終結。乃對於已開始之日期言之。若并未開始。則無終結可言。故日期之終結。應解爲即該日期之訴訟程序終結。通常即在該日期應爲之訴訟行爲完竣之時。如審判日期之終結。爲辯論終結之時。訊問證人日期之終結。爲訊問完畢之時是也。又日期開始後。如應爲之行爲已完竣。或無應爲之行爲時。通常固應由審判長等諭知該日期終結。如宣告辯論終結或退庭等。但雖無此等表示。只須該行爲完竣或實無應爲之行爲時。亦可因以終結。又日期之終結。與該日之已否經過無關。雖該日已經過。而程序尙未終結者。亦不得謂爲終結。如審判繼續至翌日始竣。仍得謂爲同一日期也。

日期之開始。與辯論之開始。在民事訴訟條例設有區別。一則以點呼事件爲始。一則以聲明應受裁判事項爲始。（一九二、三三五）刑事審判日期。亦可爲同一解釋。其開始應依朗讀案由。已如前述。至辯論（廣

義)開始。則應解爲係在檢察官陳述案件要旨之時。故在朗讀案由前。另定日期者。始爲變更日期。在辯論開始後。另定日期者。則爲續行辯論或審判。(參照民訴條例二四二Ⅲ)

#### 第四 日期之效果。

關係人於日期開始後不到案或出庭者。斯爲遲誤(或稱懈怠)日期。刑事訴訟法雖未就遲誤效果設一般規定。但可分述之如次。

(一) 原告、尤爲檢察官之出庭。爲審判之要件。(二七〇Ⅲ、三四六)故遲誤審判日期。即未於審判日期出庭時。則在該日期所爲之訴訟行爲。均屬無效。但對於其遲誤。別無失權效果及制裁之規定。又自訴人得委任代理人出庭。苟有代理人者。則須代理人不出庭。始爲遲誤。

(二) 被告於審判日期出庭。通常亦爲審判之要件。(二七二)除有特別規定如第三百十一條、第三百二十五條、第三百八十二條等規定外。苟無被告出庭。審判日期。即不得開始。否則該日期之行爲。亦爲無效。但在其他日期。如偵查日期。或法院及受命推事。受託推事調查證據或宣告裁判日期。被告雖不到場或出庭。亦於該日期之進行無影響。又被告遲誤日期者。刑事訴訟法設有制裁之規定。即得命拘提。(四〇)並得逕行判決。(三一、三二、三八二)所謂逕行判決。與缺席判決不同。並非本於缺席之效果。而必於被告不利。又被告不爲日期內應爲之行爲。亦爲遲誤。被命退出法庭或命看管至閉庭時者亦同。

此時亦得逕行判決或應逕行判決。(三二〇) 法編法六二)

(三) 辯護人在強制辯護案件。或指定辯護案件。於審判日期出庭。亦為審判要件。苟未出庭。其程序亦屬無效。惟其遲誤。於訴訟法上無褫裁規定。(律師則律師章程有制裁規定) 但審判長得指定他辯護人出庭。

(四) 輔佐人雖應受審判日期之通知。但其出庭。非審判要件。其有遲誤。訴訟法上亦別無制裁規定。

(五) 代理人無論其為被告或自訴人之所委任。其遲誤日期。與本人遲誤同。惟法院得命本人出庭或到場。(參照二七三、三四五)

(六) 證人、鑑定人、通譯遲誤日期。刑事訴訟法亦設有制裁規定。即證人除得命賠償因不到所需之費用外。得科罰鍰或易科拘留並得拘提。(九五) 惟鑑定人、通譯。則僅得命賠償因不到所需之費用。並得科罰鍰不得拘提并易科拘留。(一一七、一一八、二二六)

### 第三項 期限

#### 第一 期限之意義

期限(Period)者。訴訟主體或其他訴訟關係人單獨為訴訟行為之時間也。期限與期間性質不同。在民事訴訟法。固應嚴格區別。惟在刑事訴訟法學者中。則多未予區別。刑事訴訟法所稱期間。(如七三、二〇七)

其計算方法。仍應依第二百零四條以下之規定。至期限與日期。則於次述各點不同。

(一) 日期乃為各行為人會合為行為而定之時間。期限則係為各行為人單獨為行為而定之時間。故於日期應為之行為。係於法院或受命推事、受託推事、檢察官之面前為之。期限內應為之行為。則無此必要。

(二) 日期恆為一定時點。雖其開始至終結。亦多有時間之經過。但於觀念上仍得謂為一定時點。若期限則係自一定時點至一定時點。性質上必有相當時間之經過。

(三) 日期僅有裁定者。期限則有裁定者。有法定者。故日期必因指定始能發生。而期限則法定者為原則。此種期限。恆於法定時期。當然發生。

(四) 日期須預行告知。且其告知程式。通常須依送達。期限則通常毋庸告知。但亦有例外。(參照三二二、三二七)

(五) 日期須因行為始能開始並終結。期限則自一定時點。當然進行。至一定時點。當然終結。故日期之始期及終期。均不能一定。而期限之始期及終期。均必一定。且日期進行之中。必有一定行為。期限進行之中。不必有一定行為。如未上訴而經過上訴期限者是也。

(六) 日期係以日及時定之。不得單以時定之。亦不得單以月定之。期限則通常係以日或月定之。(參

照三二、七三)亦有單以時定之者。(參照八九Ⅱ)

(七) 日期僅提前有限制。展緩別無限制。(參照二六六、二六七)故日期以得自由變更爲原則。期限則除裁定期限外。法定期限。均不得變更。

(八) 懈怠期限者。得回復原狀。懈怠日期者。無回復原狀之規定。

## 第二 期限之種類。

(一) 法定期限與裁定期限。

法定期限 (Gesetzliche Frist) 者。法律所規定之期限也。刑事訴訟行為之期限。多屬於此種。其中有由法律特定明爲期限者。(如三六三、四一七)亦有未特定明爲期限者。(如三二、二〇九)民事訴訟條例於法定期限之中。尙有特定明爲不變期限之一種。(參照民訴二二二、二〇六、五〇〇、五三六、五五五、五七三、六四九等)刑事訴訟法。雖無此名稱。但如後述之失權期限。其性質亦與此同。

裁定期限 (richterliche Frist) 者。法院或審判長以裁判所定之期限也。此多於附帶民事訴訟應準用民事訴訟法時見之。刑事訴訟殊少適用裁定期限之情形。

(二) 行爲期限與不行爲期限。

行爲期限 (Handlungsfrist) 者。謂必於所定期限爲某訴訟行為或僅得於所定期限內爲某訴訟行為

也。前者如上訴期限是。後者如羈押期間是。通常期限。均屬前者。

不行爲期限 (Zwangsfrist) 者。謂不得於所定期限內爲某訴訟行爲也。如第二百六十六條、第八十九條第二項所規定之期限是。法律所以設此規定者。蓋爲與該關係人以時間之猶豫。故又稱曰猶豫期限 (Einkassungsfrist) 被限制人不遵守此期限。雖屬違法。但該關係人得捨棄其利益。

### (三) 失權期限與訓示期限。

失權期限者。謂爲某訴訟行爲。爲訴訟法上之權利。但不於所定期限內爲之。則應喪失權利也。如聲請回復原狀之期限 (二〇九丁) 聲請再議期限 (二四八丁) 上訴期限 (二六三) 通常抗告期限 (四一七) 特別抗告期限 (如三一) 等是也。此等期限。多爲當事人而設。故又稱曰當事人期限。

訓示期限者。謂於所定期限內爲某訴訟行爲。雖爲義務。但不於該期限內爲之。亦不生失權之效果。如第二百零九條、第三百三十二條、第三百九十五條、第三百九十六條、第三百九十九條、第四百十九條、第四百八十一條等。所規定之期限是也。此等期限。多係爲法院而設。但亦有爲檢察官或被告設者。

### 第三 期限之計算。

(一) 期限以時計算者。即時起算。此雖無明文。但爲當然。蓋計算簡單。自應依自然計算法也。

(二) 期限以月或年計算者。從曆 (二〇四) 此則規定應依曆法計算法。故應依現時國曆所定之月或

### 年計算之。

(三) 期限以日月或年計算者。不算入第一日。(二〇五)此蓋以通常第一日多不足一日也。

(四) 期限以月或年計算者。以最後之月或年與起算日數目相當之前日爲期限之末日。但最後之月無數目相當日者。以其月之末日爲期限之末日。若係星期日慶祝日或其他普通休息日。不得算入。(二〇六)例如一月期限。自一月三十一日起算。應以二月二十八日或二十九日爲滿期。如該日恰爲星期日。則應以次日爲滿期是也。

### 第四 期限之延長。

當事人不在管轄法院所在地居住者。計算法定期限。應扣除其在途之期間。應扣除之在途期間。以司法部命令定之。(二〇七)此蓋爲當事人利益所設之規定。司法部已另有命令定之。即民國十年八月二十六日頒布之扣除在途期間標準令是也。依其所定。依當事人居住地與法院所在地距離之遠近。每水陸里五十里扣除一日。其不滿五十里而在十里以上者亦同。海路每一海里作三里半計算。在通行火車輪船之地。應依車行或船行期間。定其全部或一部之在途期間。其車行或船行期間不滿一日者。亦作一日計算。應適用本條者。僅以法定期限爲限。若裁定期限。則於定期限時。即應酌量其在途期間。且又可更以裁定延長。故無適用。



## 第五 期限之效果

期限之效果。因期限而異。如懈怠失權期限。則生失權效果。其餘期限。亦有由法律特付與一定效果者。如羈押期滿未經起訴或裁判者。以撤銷押票論之規定是也。(七三Ⅲ)自一般言之。凡法定期限。如非訓示期限性質。則懈怠時。類皆違法。而致該訴訟行為無效。惟懈怠訓示期限。則在公務員。僅屬內部行政問題。不生訴訟法上之效果。若在當事人。則不過法院可不待其為該訴訟行為。逕行審判。但在審判未終結前。如為該行為者。仍於訴訟法上有效。

## 第六 回復原狀 (Wiederauszug in der vorigen Stand, restitutis in integrum)

回復原狀之規定。乃為懈怠期限之當事人而設。即許該當事人於期限經過後。仍得補行期限內應行之程序也。為此項聲請。乃為訴訟法上之權利。分述之如次。

### (一) 聲請權人

刑事訴訟法雖僅定明為當事人。但如係回復上訴權。則依第三百五十九條、第三百六十條。被告之法定代理人、保佐人、配偶及原審之辯護人及代理人。自亦應許其得代被告為之。其他情形。雖無明文。亦以解為許該等人代為為適宜。

### (二) 聲請之要件

甲 實質要件。即須該當事人之不能遵守期限。係無過失。如係許用代理人之案件。則代理人之過失。以本人之過失論。(二〇八) 刑事訴訟法既僅定明須無過失。故較民事訴訟條例所定條件為寬。

不必限於因不能豫見或不可避免之事故。(參照民訴條例二〇五)

乙 形式要件。此即聲請之程式。刑事訴訟法於第二百零九條、第二百十條。設有規定如次述。

(一) 1 應於不能遵守期限之原因消滅後五日為之。此所謂不能遵守期限之原因消滅。即致其不能遵守期限之事由終止也。自該日後五日內應為聲請。

2 應以書狀向該案件所屬法院為之。其逾上訴期限者。應向原審法院為之。此蓋為該各法院便

於調查也。其書狀自應適用文件程式之規定。

3 聲請回復原狀之原因。應釋明之。此所謂聲請回復原狀之原因。即指致其不能遵守期限且無

其他過失之事由。應於可使法院相當信用之程度。提出證據方法。且應將該方法於書狀內表明。(參

照民訴條例二〇七二) 並應將聲請回復原狀之原因。及證據方法。於書狀內表明。

4 應於聲請時。補行期限內應行之程序。故如係因不能遵守上訴期限而聲請回復原狀。則須同

時提起合于程式之上訴。

丙 聲請之裁判。

一、而回復原狀之聲請。應由聲請之法院裁定之。(一一二一丁)此所謂聲請之法院。即第二百零九條第一項所謂該案件所屬法院或原審法院。

二、若法院認為聲請合於上述要件者。應准許之。此項裁定。毋庸敘述理由。且不得抗告。(一八二、四一五)此時其補行之行為。亦即有效。如認為不合者。則應駁回之。此項裁定。應敘述理由。並得於五日內抗告。(一八二、四一五)此時其補行之行為。亦為不合法。

三、若聲請回復原狀。於裁定前。得停止執行裁判。(一一二)蓋以此時裁判已經確定。應行執行。故定為法院於裁定前。得斟酌情形。命令停止執行。此項停止命令。自應以裁定為之。惟毋庸敘述理由。亦不得抗告。(一八二、四一五)

### 第七款 訴訟行為之處所

第十一、於審判日期所為訴訟行為之處所。應以該管法院之所在地為之。其於該管法院內。有訴訟行為之處所者。亦得為之。

刑事訴訟法既定期審判日期。應由推事及關係人出庭。(二七〇、二七二、二七三、三九一)等。則應於審判日期所為之訴訟行為。顯然應於法庭為之。而法庭依法院編制法第五十四條。通常應設於法院內。故此項訴訟行為。通常自應在法院內之法庭為之。否則為無效。但於法院內所不能為或為之而不適當者。自亦得於法院外為之。(參照民訴條例一九二)例如應由法院履勘(一五七丁)或就訊(九四)之是時。

又法院於法院外設有分庭者。由該分庭受理之案件。自得在該分庭審判之。

## 第二 其他訴訟行為之處所。

非應於審判日期所為之訴訟行為。則不問其為定有日期之行為。抑未定有日期之行為。亦不問其係為檢察官、審判長、受命推事、受託推事所為。均無上述處所之限制。民事訴訟條例第一百九十一條。雖定明日期原則應於法院內開之。刑事訴訟法無此一般規定。自應解為除審判日期外。其他日期。無此限制。惟應於日期所為之行為。通常亦以於法院內為之為宜。且多定有特別處所。如法院內除法庭外。尚有辦公室、評議室、偵查室等是也。

## 第一節 訴訟關係

訴訟關係。乃謂訴訟主體相互之權利義務關係。因與訴訟程序有別。（參照緒論）但訴訟程序。既為訴訟行為之總體。而訴訟主體得為或應為訴訟行為之法律關係。即為訴訟關係。故將訴訟關係附於訴訟程序以說明之。

訴訟關係。乃一種法律關係。固為近代學者所倡。但此觀念。實早已見於羅馬法中。其 *Judicium* 一語。即含有訴訟關係之意義。至此項關係。為何方面與何方面之關係。近時民刑事訴訟法學者中。尚稱聚訟。有主張其為一面關係者。又有二派。第一派謂係原告與被告之關係。此說乃以訴訟為私法關係。其不足取。無待深論。

第二派謂係原告與法院之關係。此說乃全視被告爲訴訟客體。亦不足取。又有主張其爲二面關係者。即謂訴訟乃原告及被告各對於法院有請求裁判之權利。自刑事實言之。即原告對於法院有刑罰請求權及攻擊權。被告對於法院有防禦權。故爲原告及被告各對於法院之二面關係。又有主張其爲三面關係者。即謂除當事人各對於法院發生法律關係外。當事人相互間。亦發生法律關係。後二說在民刑事訴訟法學者中。均爲有力之說。在刑事訴訟法之解釋上。余取第三說。蓋刑事訴訟關係。雖通訴訟全體而一貫。並爲整個。但係因訴訟程度之進行終結而發展終結。即在偵查程序。則僅爲檢察官與被告之關係。在審判程序。通常固僅見各當事人與法院之關係。但當事人相互間。亦非全無關係。如檢察官在審判中仍得繼續偵查。被告仍有服從其偵查權之義務是也。

刑事訴訟法。原即規定各訴訟主體之訴訟關係。即權利義務關係。故其具體內容。於全體研究後。自能明瞭。茲僅述其特徵。即此項關係。除爲三面關係外。(一)爲公法之關係。即全爲刑事訴訟法上之關係。(二)各種權利義務。不必互相對應。即其內容可分爲三種。甲、有權利與義務相對應者。例如當事人有裁判之請求權。法院即有裁判之義務。乙、有雖無與權利相對應之義務。而該權利被行使時。對之仍有爲一定行爲之義務者。例如聲請調查證據。雖爲當事人之權利。而法院並無必爲調查之義務。但如有此聲請。究應爲准駁之裁定。丙、有僅有單純應忍受權利行使之消極義務者。例如法院固有扣押證據物件之權利。但證據物件之所

持者。並非有提出之義務。不過有忍受扣押之消極義務而已。

### 第二節 訴訟標的

訴訟標的。一稱刑事訴訟之客體。刑事訴訟。乃以確定刑罰權之存否及範圍爲目的。故其訴訟標的。自爲刑罰權。而刑罰權自真正意義。即狹義言之。乃國家對於被告之科刑權。（一稱處罰權或刑罰適用權）而爲刑法即實體法上之權利。但在告劾主義之制度。科刑權之發動。不得不待於原告之起訴。於是此科刑權觀念。自其廣義言之。又包含有起訴權。（又稱訴權、追訴權、求刑權、或刑罰請求權）此起訴權。在由檢察官專占之國家。單稱曰公訴權。而刑事訴訟法。則以其一部界之自訴人。又可稱曰自訴權。故訴訟標的。自廣義言之。乃包含科刑權及起訴權二種。而起訴權又有公訴權及自訴權二種。且通常亦有單稱起訴權爲訴訟標的者。起訴權之詳細觀念。後當就公自訴分別說明。茲僅述其一般觀念。即起訴權又係以犯罪關係爲客體。何謂犯罪關係。即刑罰權與構成犯罪之具體事實之關係也。實質起訴權。必須該項關係實際存在。即必須實有犯罪事實。且對於該事實之刑罰權尙未消滅。但形式起訴權。則只須有起訴之聲明。無論該事實是否成立犯罪。並其刑罰權已否消滅。仍可成立刑事訴訟。即各訴訟主體。均因此發生訴訟關係。明乎此。即知訴訟標的（尤爲起訴權）之與訴訟程序有重要關係。故本節特將訴訟標的附於訴訟程序以說明之。

### 第四節 訴訟要件

## 第一 訴訟要件之意義。

訴訟要件。(Forschungsfrage) 一稱訴訟條件。即訴訟關係之成立及存續所必要之條件也。訴訟關係。既係隨訴訟進行而發展。故因此所必要之條件。亦因之而有不同。要之。凡為訴訟行為所必要之條件。均可稱曰訴訟要件。故本節亦將訴訟要件附於訴訟程序以說明之。惟宜注意者。茲亦僅說明其一般觀念。至各具體要件。當於研究各訴訟行為時說明之。

## 第二 訴訟要件之種類。

(一) 狹義之訴訟要件與廣義之訴訟要件。

狹義之訴訟要件者。謂起訴所必要之條件也。又稱起訴要件或追訴要件。廣義之訴訟要件者。謂凡訴訟之發生或進行所必要之條件也。除起訴要件外。凡審判、上訴等一切進行訴訟之訴訟行為。所必須之條件。均包含於其中。

(二) 一般之訴訟要件與特別之訴訟要件。

一般之訴訟要件者。謂關於某訴訟行為。於一般訴訟共通必須之條件也。特別之訴訟要件者。謂關於某訴訟行為。於特定訴訟特別必須之條件也。例如起訴之行為。在一般訴訟。僅須一般起訴要件。而在告訴乃論之罪。則除此要件外。更須有告訴之特別要件是也。

### (三) 積極訴訟要件與消極訴訟要件

積極訴訟要件者。謂為某訴訟行為須以某事實之發生為條件也。例如告訴乃論之罪之起訴。須以告訴為條件者是。消極訴訟要件者。謂為某訴訟行為須以某事實之不發生為條件也。例如提起上訴。須以該判決未經確定為條件者是。

### (四) 絕對訴訟要件與相對訴訟要件

絕對訴訟要件者。謂於訴訟之成立或進行絕對必要之條件也。故其存否。法院應不問訴訟程度如何。依職權調查之。例如檢察官或推事執行職務。有無應自行迴避之原因者是。相對訴訟要件者。謂於訴訟之成立或進行非絕對必要之條件也。故欠缺此項要件。須待當事人主張。(詰責)法院始應調查。且當事人之詰責權。多由法律限制。非於相當時機行使。則應喪失。例如檢察官或推事執行職務。僅有偏頗之虞。則須經裁定認聲請迴避為有理由之時。始於訴訟之成立或進行有影響。而當事人行使聲請權。又有第二十七條第二項之限制是也。

### 第三 訴訟要件與處罰要件之區別

處罰要件。一稱處罰條件。即刑罰權(狹義)之發生及行使所必要之條件也。申言之。即犯罪及處刑所必要之一般條件及特別條件也。此為實體法(刑法及特別刑法)上之條件。與訴訟要件之為訴訟法上條



件者全不相同。故有次述差異之結果。

(一) 處罰要件具備者。應諭知科刑之判決。(三二五) 欠缺者。應諭知無罪或免訴之判決。(三一六、三

一七) 至訴訟要件具備者。則僅得成立相當之法律關係。如具備起訴要件者。法院應為實體之審理。是也。又若欠缺者。則應諭知不受理或管轄錯誤之判決。(三一八、三一九)

(二) 處罰要件。應受刑法不溯及往之原則之適用。(參照刑法二) 訴訟要件。則通常無此適用。(參照

刑事訴訟法施行條例一)

(三) 關於處罰要件之事實及其認定之證據并理由。記載於判決。乃為必要程式。關於訴訟要件。則無此必要。

(四) 雖在非常上訴。則不問係就處罰要件或訴訟要件之裁判有違法。均得提起。(四三三)

### 第五節 訴訟資料

訴訟資料者。為判決或處分所用之材料也。一稱訴訟材料。此種資料。原則須以現於訴訟者為限。且須有蒐集。提出。調查。保存等訴訟行為。故有訴訟資料之稱。關於訴訟資料之訴訟行為。乃居訴訟程序之大部分。如偵查或審判中之傳喚並訊問被告及證人。鑑定人。實施鑑定及勘驗。即為訴訟資料蒐集提出并調查之目的。羈押被告。制作各種筆錄。實施扣押。及搜索。即為訴訟資料保存之目的。此等行為。均為至重要之訴訟行

爲。故本節將訴訟資料附於訴訟程序以說明之。

刑事訴訟資料與民事訴訟資料微有不同。只限於事實證據法令成例經驗上之法則五種。分述之如次。

### 第一 事實。

事實者。爲法令或證據客體之現象也。蓋爲裁判。乃就事實以適用法令。爲處分。通常亦須有法令所規定之事實。故事實可謂爲法令之客體。又認定事實。通常必依證據。故事實亦可謂爲證據之客體。又事實係指爲此等客體之一切現象。不僅爲自然界之現象。如殺人、放火。即心理界之現象。如故意、恐懼、錯誤等。亦可包含。

事實之得爲訴訟資料者。通常有審級之限制。故關於實體者。應以第二審爲終審。惟關於程序者。始得於第三審蒐集、提出、調查。(參照四〇六丁)

事實應由法院依職權蒐集調查。即關於犯罪事實。其審判範圍。雖應以起訴之範圍爲準。(二五九)但犯罪之有無及性質之認定。並不爲當事人之聲明及陳述所拘束。

### 第二 證據。

認定事實。原則應依證據。適用法令及經驗上法則。有時亦應依證據。故證據爲重要訴訟資料。惟後有專章說明。茲從略。

### 第三 法令。

爲裁判及處分。均須於法令。而裁判尤在適用法律。科行判決。應於理由內記明適用之法律。且爲必要程式。(二二四5)故法令尤爲重要訴訟資料。此所謂法令。通常固爲刑事及刑事訴訟之普通及特別法令。但民事及民事訴訟之普通及特別法令並行政法令。亦有爲刑事訴訟資料者。如關於重婚、侵佔、竊盜等罪。有時須就其前提之民事法律關係或行政法律關係。適用民事或行政法令之時是也。(參照三一二I)至附帶民事訴訟。應適用民事法令並準用民事訴訟法令。更不待言。(參照五〇七)準是以論。上述各項法令。自不僅以國家制定之成文法爲限。習慣法、自治法、及外國法。亦可包含。(註)

註 參照民事訴訟條例第三百三十四條。惟外國法是否法律。抑爲事實。學者中尙有議論。余謂刑事法院。亦有適用外國法之時。惟不得適用外國刑法。選爲科刑判決而已。

適用法律。爲審判官之職權。刑事訴訟法雖定明判決應本於當事人之辯論。并應命當事人就事實及法律爲辯論。但法律究與事實及證據不同。事實及調查證據之結果。如未表現於訴訟。尤爲犯罪事實。未經起訴。亦未經原告於審判程序陳述。又如認定事實所依據之證據。未經於審判日期調查或宣示。則屬違法。其判決不免於上訴審撤銷。若應行適用之法律。未表現於訴訟。即未經原告於起訴書狀陳述。亦未經當事人於審判日期辯論。仍得逕行適用。不爲違法。故事實及證據之蒐集、調查。必依訴訟程序。而法律之

蒐集調查。則毋庸依訴訟程序。且在普通之成文法。本為審判官職務上所應知。於其存在及意義有疑義時。其闡明方法。僅得依訴訟程序外之方法。如參考書籍。就詢學者。不得依訴訟程序之方法。如傳訊證人或命行鑑定。但關於習慣法。自治法。及外國法律。審判官雖亦有調查之義務。然責其於職務上應行知悉。殊為困難。應解為此等法令為法院所不知者。得使當事人提出證據。亦得命行鑑定及通譯。（參照民訴條例三三四）

法令除上述各種外。尚包含有證據法則。此證據法則。如探認證據效力之法則。固亦有已經成文法規定者。亦有為一般之條理者。當於後證據章內詳述之。茲所應注意者。即認定事實並採捨證據。應依證據法則。第三審通常雖無認定事實之權。但就下級審判決認定事實是否違法。仍有調查之權。該判決違背證據法則。亦屬違法。仍得為撤銷之原因。（參照三九〇、三九一、10）

#### 第四 成例。

依法院編制法第四十五條及第三十二條。大理院及高等審判廳發交下級審判廳案件。下級審判廳對於該案。不得違背該院及該廳法令上之意見。故最高法院及高等法院對於發回或發交案件所為之法令上意見。於下級審裁判該案件時。自為訴訟資料。又依法院編制法第三十五條。大理院有統一解釋法令之權。（參照國民政府司法院組織法二一）故最高法院就一切法令所為之裁判及解釋例。亦有一般

羈束力。自亦足爲同一性質之刑事案件之訴訟資料。又判決經宣告或送達後。爲該判決之法院。應受其羈束。裁定原則亦有此羈束力。爲民事訴訟條例第二百七十一條及第二百七十八條所明定。刑事訴訟法雖無此明文。亦得同一解釋。則此項判決或裁定。於該法院以後就該案件爲裁判或處分時。自亦爲訴訟資料。

### 第五 經驗上之法則

適用法律。認定事實。採捨證據。均應依經驗上之法則。故經驗上之法則。亦爲訴訟資料。何謂經驗上之法則。即依幾多事實之實驗所得之理論也。故又稱曰實驗上之法則。又可分爲二種。一爲普通之經驗上之法則。又可稱曰常則或常識。即無須特別智識而爲普通人所知之法則也。例如久使絕食之足致餓死。鐵器猛毆之足成傷害。乃爲常人所知之法則也。一爲特別之經驗上之法則。又可稱曰特別法則。此則須有特別智識、技能、或經驗始能知悉之法則也。例如在疑難之毒殺、侵佔、偽造文書等罪。就該毒殺及印文或工程等事項。須命行鑑定是。

普通之經驗上法則。與普通法令同。乃爲審判官職務上所應知悉。故不得依訴訟程序之方法以蒐集調查。若特別之經驗上法則。雖亦應由法院依職權調查。但爲法院所不知者。則得依訴訟程序之方法。即得命行鑑定或使當事人舉證。

## 第二章 被告之傳喚

### 第一 傳喚之意義

傳喚 (Telling) 者。特定機關使特定人於一定日時及處所到案 (此從刑訴用語有時亦稱到場或出庭) 之命令也。依刑事訴訟法規定。爲此命令之機關。爲檢察官及審判長。受命推事。受託推事。受此命令之人。除被告外。尚有證人。鑑定人。及其他訴訟關係人。刑事訴訟法雖於使檢察官。辯護人。輔佐人。於審判日期出庭之命令。不曰傳喚。而曰通知。又現行事例。傳喚相當身分之證人。鑑定人。亦有用通知者。但其性質固仍爲傳喚也。(參照三五、八七、一一七、二六五、二六八等) 又此命令除檢察官所爲者外。由審判長等所爲者。亦爲裁定性質。但刑事訴訟法概稱曰處分。(參照一九九、四二七丁)

被告乃於刑事訴訟爲要素。故不問其係爲當事人。抑爲證據方法。凡於爲裁判或處分前提之事實審理時。均有訊問被告。即使被告親自到案爲陳述之必要。被告之傳喚。即爲達此目的而爲者也。故傳喚被告。通常係於偵查或審判程序開始之時爲之。且在審判。原則非傳喚其出庭不得開始。(參照二三〇、二六五、二七一、二七二)

使被告到案受訊問之方法。除傳喚外。雖尚有拘提。(五八) 逮捕。(五七) 當場諭知。(三八) 當場訊問。(三九) 等。但在後二者。或其性質與傳喚相同。或係因無傳喚必要。若前二者。則係強制被告到案。與傳喚之

使被告任意到案者固大有區別也。

## 第二 傳喚之機關。

此爲刑事訴訟法第三十五條第二項所明定。即得爲傳喚命令之權。偵查中屬於檢察官。審判中屬於審判長或受命推事。此所謂偵查中。通常係指偵查開始至終結之間而言。檢察官於偵查中既有偵查犯人之權。自有傳喚被告之權。又所謂審判中。在第一審。乃指起訴至判決之間。第二審及第三審。乃指上訴至判決之間。此中乃由審判長代表法院。故首定審判長有傳喚被告之權。又受命推事亦得訊問被告。(二九七)故又定受命推事亦有此權。(後準此)又傳票得囑託送達。固不待言。惟訊問被告。不得囑託。故傳喚通常亦不得由受託推事或受託檢察官爲之。又通常之司法警察官。無傳喚被告之權。只得使被告任意到場而已。

## 第三 傳喚之程序。

(一) 傳喚應用傳票。且須送達被告。是爲原則。(三五、三二七)即傳喚之程式。原則僅有權機關有此命令。尙屬不可。必須更制作傳票。且以其原本送達於被告。始生效力。被告始有到案之義務。但有例外二。甲 到案之被告。當場告以下次應到之日時處所。及如不到案得命拘提。並於筆錄內記載者。以已經送達傳票論。(三八)適用本條。有二要件。一、須由有權機關爲此命令。書記官並無此權。二、須記明筆

錄。未記明筆錄者。被告亦無到案義務。

乙 被告在場者。雖未經傳喚。得逕行訊問。(三二九)此則只須被告在場。即得逕使負到案受訊問之義務。

(二) 發傳票之權。雖屬於爲傳喚命令之人。但發傳票之權。與制作傳票之權。可區別觀之。傳票固亦得由命令人自行制作。但亦得命書記官制作。

(三) 傳票應記載後列事項。(三六八)

甲 被告之姓名、性別、住址。於必要時。並應記載其足資辨別之特徵。本款所要求者。在表明受傳喚者爲何人。只須於得與他人區別之範圍內記載之已足。除姓名外。性別住址。省略亦可。再本款若全然欠缺記載。則缺受傳喚之主體。傳票自屬無效。

乙 被告之犯罪行爲。本款在使被告知其被傳之事由。即欠缺記載。亦於傳票之效力無影響。且在偵查。有時反以不記載爲宜。

丙 應到之日時處所。此則爲傳喚命令之內容。欠缺記載。傳票自屬無效。

丁 如無正當理由不到者。得命拘提。本款欠缺記載。雖於傳票之效力無影響。但被告違背到案義務時。不得命拘提之。



戊 發票之公署。此即指爲傳喚命令者所屬之檢察處或法院。如欠缺記載。傳票亦屬無效。

(四) 傳票應由發傳票之公務員。即分別由檢察官、審判長、受命推事署名蓋章。(三六II)此在該各員自行制作傳票者。則爲文件主體。自應署名蓋章。即由書記官制作者。書記官固應署名蓋章。但命令人署名蓋章。亦爲必要程式。否則傳票爲無效。(註)

註 傳票是否爲傳喚命令成立要件。只命令人始得制作。不無疑義。前司法部用紙格式。與本書見解同。

(五) 制作傳票。除上述(三)(四)二項外。尙應適用第一百八十九條、第一百九十條之規定。自不待言。

(六) 通知傳喚命令之方法。如上所述。通常應以送達傳票爲之。其送達程式。自應適用第一編第十四章之規定。

(七) 上所述者。爲一般規定。以外尙有特別規定。如第二白六十六條之規定是也。(後詳)

#### 第四 傳喚之效力。

(一) 被告受合法之傳喚者。有於所定日時處所到案之義務。此義務之存續期間。應解爲如該日期已開始者。則至該日期之終結爲止。如未開始者。則刑事訴訟法第五十八條爲保護被告。設有規定。即「被告因傳喚到案者。應即訊問。至遲不得逾到案之日。」此所謂到案之日。即至該日下午十二時爲止。

不僅至所定辦公時間為止。

傳喚命令僅定為某日或某日午前而未定時。亦不能謂為無效。此際應解為於該日辦公時間開始時即應到案。

(二) 被告經傳喚無正當理由不到案者。法律設有制裁規定。即如左述。

甲 得命拘提。(四〇)此不問其所犯之罪如何。即專科罰金之罪。亦得為之。

乙 有時得不待其陳述。逕行判決。(三二一、三八一)此另於後詳。

上所謂正當理由。不僅指客觀。並指主觀。即凡有不能逾期到案之事故。足認為正當者。則雖其事故由於被告本人。亦無不可。且刑事訴訟法。尙就此另設有救濟規定。如第二百三十八條、第三百零五條第一項等規定是也。又所謂不到案。即指未按傳票上所載日時處所到場而言。凡遲到或雖到而未陳報。均為不到案。

(三) 傳喚程序不合法者。則不發生傳喚之效力。自無義務及懈怠可言。惟被告如任意到案。自仍得為有效之訊問。又第二百六十六條所規定之期限。原為被告之利益而設。被告如無異議。而仍遵行。以後自不許再有異議。

## 第二章 強制處分

## 第一節 概說

強制處分。在蒐集并保存訴訟資料。依刑事訴訟法。除法院及審判長。受命推事。受託推事外。檢察官亦有此權。至司法警察官。除偵查犯罪。有與檢察官相同之職權者。於其管轄區域內。並於一定期間。得有強制處分權外。餘概無此權。又學者通常均以對於被告之拘提及羈押。為對人強制處分。搜索及扣押。為對物強制處分。但對於證人之拘提。亦係對人而為者。搜索之中。亦有對人之搜索。(參照一三九二)茲為說明便利起見。先就對被告之拘提。逮捕。通緝。及羈押。并搜索。扣押等強制處分述之。至於證人之拘提。當於後述之。又此雖通稱曰處分。但為法院及推事所為者。實為裁定性質。且於羈押扣押處分。設有不服方法之規定。即為法院所為者。得提出抗告。(四一五丁)為受命推事。受託推事所為者。得聲請該推事所屬法院或該管地方法院撤銷或變更。(四二七丁)為檢察官所為者。得聲請該管法院撤銷或變更。(四二八)

### 第二節 被告之拘提逮捕通緝

#### 第一款 拘提

##### 第一 拘提之意義

拘提 (Vorführung) 者。特定機關使將特定人解送至一定處所之命令也。得為拘提者。僅限於被告及證人。拘提雖亦得稱為廣義之傳喚。(故民事訴訟條例稱曰拘傳)但傳喚不得強制。拘提得強制。故須執行。

又傳喚之目的。乃在使被傳人於日期為訴訟行為或參與訴訟行為。故必定期日。拘提之目的。學者固有謂其專在使受訊問者。余謂使受訊問。雖為拘提通常之目的。但亦有保全證據之目的。故學者又稱拘提為保全處分之一。如因有刑事訴訟法第四十二條、第四十三條所列情形拘提被告之時是也。要之。無論為被告之拘提或證人之拘提。其共通之目的。均在將該被告或證人解送至一定處所。故刑事訴訟法定明該兩種拘票。應記載應解送之處所。(四五I4、九六I)至於拘提不能如傳喚。預定日時。則其性質然也。

### 第二 拘提之機關。

此為刑事訴訟法第四十四條第二項所明定。即得為拘提命令之權。偵查中屬於檢察官。審判中屬於審判長或受命推事。

被告不在管轄區域內。而知其所在者。自得依共助程序。囑託拘提。故受託推事或受託之檢察官。於此時亦有此權。又後述之通緝。雖亦為囑託拘提之一種。但係於被告所在不明時為之。(參照五〇I、五二I)

### 第三 拘提之要件。

被告須有左列情形之一者。始得命拘提。法律既僅定明得命拘提。則雖有此情形。不命拘提。亦無不可也。

(一) 經傳喚無正當理由不到者。此為刑事訴訟法第四十條所明定。適用本條。尚須二要件。即甲、須已

受合法之傳喚。乙、須其不到案係無正當理由。所謂正當理由及不到已於前說明矣。茲宜注意者。即只須拘提機關。不知其有正當理由已足。故雖有正當理由。而未於事前向該機關釋明。亦可推定其為無正當理由。蓋既經於傳票內記明或當場示明如無正當理由不到命得拘提。而仍不到。亦不別為聲明。自得推定其為無正當理由也。（餘參照傳喚之效力二）

(二) 無一定住址者。得不經傳喚。逕行拘提。為第四十一條所規定。蓋以此種人既屬踪跡不定。傳喚亦屬無益。故定為得逕行拘提也。此所謂住址。乃包含住所。居所二者而言。又所謂無住址。乃包含全無住址。及住址不明二者而言。

(三) 犯罪嫌疑重大而又有下列情形之一者。亦得不經傳喚。逕行拘提。為第四十二條所規定。即甲、有逃亡之虞者。此所謂逃亡。應包括藏匿在內。（參照五〇一）不須實際已所在不明。或已去其向來居住所而避往他處。只須外觀上足認其有逃避或藏匿之危險即可。乙、有湮滅或偽造、變造證據之虞者。丙、有勾串共犯或證人之虞者。此所謂證據。共犯、證人。自指關於本案者而言。故關於他案有此危險。則與本案無涉。若係關於本案。則只須外觀上足認有偽造、變造、或勾串之危險已足。但此種危險。須在被告。若僅第三人有此情形。尚不能適用本款。惟第三人有實行被告意思之危險時。亦與本款相符。再除有此各種情形之一以外。尚須被告犯罪嫌疑重大。故如被告雖曾藏匿。全因胆小畏事。其犯罪嫌疑並不

重大亦不得命行拘提也。

(四) 犯死刑無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪。嫌疑重大者。得不經傳喚。逕行拘提。為第四十三條所規定。此則只須其犯罪嫌疑重大。雖無上述各情形。亦得命拘提。蓋以此種犯人。恒足推定其有逃亡之虞故也。

#### 第四節 拘提之程式。

(一) 拘提應用拘票。(四四丁)即拘提之命令。必以拘票之形式為之。

(二) 發拘票之權。即為拘提命令之權。固屬於前述之有權機關。但與制作拘票。亦可分別觀之。故拘票通常雖係由命令人自行制作。但命令書記官制作。亦無不可。

(三) 拘票應記載左列事項。(四五丁)(可參看傳票之說明)

甲 被告之姓名。性別。住址。或其他足資辨別之特徵。此亦僅表明受拘提者之為何人已足。此項記載完全欠缺。則拘票無效。

乙 被告之犯罪行為。此款記載欠缺。於拘票之效力無影響。

丙 拘提之理由。此即指上述拘提之要件。欠缺記載。亦於拘票之效力無影響。  
丁 應解送之處所。此款欠缺記載。拘票無效。

戊 發票之發署。此款欠缺記載。拘票亦無效。

(四) 拘票應分別由命令人之檢察官、審判長、或受命推事、受託推事署名蓋章。(四五II) 其命書記官制作者。並應由書記官署名蓋章。(一八九)(餘可參看傳票之說明)

(五) 拘票應交由司法警察執行。並得作拘票數通分交數人各別執行。司法警察。原則雖僅得於管轄區域內執行。但遇有急迫情形。亦得於管轄區域外執行。(四六、四七) 拘票之執行。係以原本交司法警察為之。可酌量情形。或僅制作一通。交一人執行。或制作數通。交數人執行。蓋後者為易於執行計也。又司法警察。原則只得於其所屬官署之管轄區域內執行。但有急迫情形。於其管轄區域外執行亦可。

(六) 執行拘提。應以拘票示被告。(四八) 此不問被告有無請求。均應示之。若不示之。則被告無受執行之義務。司法警察亦不得用強制力。

(七) 執行拘提。應注意被告之身體及名譽。(五四) 本條與次條但書。乃為同一用意。苟逾必要程度而害及被告之身體及名譽。不但違法。且可成立刑事。

(八) 被告抗拒拘提或脫逃者。得用強制力拘提或逮捕之。但不得逾必要之程度。(五五) 此規定執行拘提。雖可用強制力。但以被告抗拒拘提或脫逃為條件。且不得逾必要之程度。

## 第五 拘提之效力。

拘提之效力。即在將被告強制解送所指定之處所。並得於受訊問以前。將其拘留。(五六、五七、參照舊刑訴條例六六Ⅱ) 惟刑事訴訟法為保護被告。設有次述規定。

(一) 拘提之被告。應即解送指定之處所。如五日內不能達到指定之處所者。應依被告之聲請。先行解送較近之法院。訊問其人。有無錯誤。(五六)

(二) 被告於解到後。應即訊問。至遲不得逾到案之日。(五八) 故拘提之效力。僅能存續至解到之日下午十二時為止。在此時間內。如未訊問。或已訊問。而未依第六十六條命令羈押。即應回復自由。

## 第二款 逮捕

### 第一 逮捕之意義。

逮捕有兩種。一為現行犯之逮捕。(四九Ⅰ) 一為受刑人之逮捕。(四八Ⅶ、四八Ⅷ) 雖同在以強制力將被告捕送特定處所。與拘提同其效力。(參照五七、四九〇、四九一) 但前者不問何人。均得為之。且無待命令。亦無程式之限制。後者則須有指揮執行之檢察官之命令。即捕票。且須準用拘票規定以執行。

### 第二 逮捕之要件。

(一) 現行犯逮捕之要件。

甲 通常須為現行犯。(四九Ⅰ) 何謂現行犯。(Frische That) 刑事訴訟法已規定其定義。即犯罪在



實施中或實施後即時發覺者爲現在行犯。(四九Ⅱ)故現行犯與非現行犯。乃非罪性質之區別。而  
係犯罪發覺狀態之區別。所謂犯罪在實施中。即謂犯罪行爲現在實行之中。所謂實施後即時。即謂  
犯罪行爲實行當時之形跡尙未消滅。只須於此中發覺。即爲現行犯。發覺云者。犯罪事實爲犯人  
外之人知覺也。不問爲偵查機關。抑爲私人。在通常現行犯。固不必限於犯人被人知覺。惟在逮捕時。  
自須犯人被人知覺。又條文雖稱曰即時。乃就通常情形言之。只須其犯罪狀況尙屬存在。與實行當  
時無異。雖稍經過多少時間亦可。反是雖經過時間不久。而犯罪形跡業已消滅者。亦不得謂爲現行  
犯也。

乙 但有左列情形之一者。亦以現行犯論。(四九Ⅲ)此即所謂準現行犯也。

1 被追呼爲犯人者。只須被人以爲犯人而追躡或呼號。有一於此即可。

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。此則於犯罪發覺後最近期間內。(一)因持有物件足疑爲犯該罪之人。

(二)因於身體衣服等處。顯露犯該罪之痕迹。所謂最近期間。即離發覺不遠。所謂持有。即在實事  
支配內。所謂顯露罪跡。如尙有傷痕、血跡是也。

(二) 受刑人逮捕之要件。即須有左列情形之一。

甲 受死刑徒刑或拘役之諭知而未經羈押。檢察官於執行時傳喚不到者(四八七丁)

乙 受死刑徒刑或拘役之諭知於執行時已逃亡或有逃亡之虞者(四八八)

上項可參看執行之說明

### 第三 逮捕之程式。

(一) 現行犯之逮捕。無特別程式。即不問何人。得不用拘票。逕行逮捕(四九丁)此無論檢察官、司法警察官、司法警察或其他私人。均得逕自逮捕。惟逮捕時。應注意被告之身體及名譽。又被告抗拒逮捕者。亦如拘提。得用強制力。但亦不得逾必要之程度。再逮捕後。應即解送較近之檢察官訊問(四九丁、五四、五五、五七)故現行犯若係由檢察官逮捕者。固應依第五十八條辦理。應即訊問。不得逾到案之日。而由其他之人逮捕者。則雖為司法警察官。亦應即解送較近之檢察官訊問。

### (二) 受刑人逮捕之程式。

甲 應由指揮執行之檢察官發捕票。(參照四八七丁、四八八)

乙 捕票應記載左列事項。(四八九丁)

1 受刑人之姓名、性別及其他足資辨別之特徵。

2 諭知之刑名及刑期。

丙 發捕票之檢察官應於捕票署名蓋章（四八九Ⅱ）其由書記官制作者。書記官亦應署名蓋章（

一八九）

丁 捕票之執行。準用拘票之規定（四九一）故第四十六條至第四十八條、第五十四條至第五十六條之規定。均應準用。

餘可參看執行之說明。

#### 第四 逮捕之效力。

捕票之效力。刑事訴訟法於第四百九十條。規定與拘票同。故關於拘提第五十五條、第五十六條、第五十八條規定。自應準用。至現行犯之逮捕。刑事訴訟法則於該第五十五條、第五十七條、第五十八條。與拘提並列規定。其效力與拘提同。更不待言。可參照前述拘提之說明。

### 第二款 通緝

#### 第一 通緝之意義。

通緝者。特定機關囑託他機關將被告解送一定處所之處分也。受囑託之機關。對於被告。得命拘提或逮捕（五三）故通緝可謂為囑託拘提之一種。且為執行拘提之一手段。但在通常之囑託。關於於特定之機關為之。此則係對於附近或各處之檢察官及司法警察官署為之。且得登載報紙或以其他方法布告（

五二) 故稱曰通緝。

第二 通緝之機關。

此為刑事訴訟法第五十條第二項所明定。即命行通緝之權。偵查中屬於首席檢察官。審判中屬於法院。又執行時被告逃亡者。除由檢察官發捕票外。應解為並得由首席檢察官發通緝書。

得命行通緝者。僅以上述機關為限。若由其他行政機關為之。則僅屬行政處分。不能發生訴訟法上之效力。

第三 通緝之要件。

此為刑事訴訟法第五十條第一項所明定。即須被告已經逃亡或藏匿。但通緝本為囑託拘提之一種。以與第四十二條、第四十三條相比照。須被告犯罪嫌疑重大。自不待言。不過通常被告逃亡或藏匿者。得認為嫌疑重大而已。

第四 通緝之程式。

- (一) 通緝應以書狀為之。由命令人署名蓋章。並記載左列事項。(五一)
- 甲 被告之姓名、性別及其他足資辨別之特徵。
- 乙 被告之犯罪行為。

丙 通緝之理由。

丁 犯罪之日時處所。但日時處所不明者。毋庸記載。

戊 應解送之處所。

上述各項。亦僅甲、戊兩項爲必要記載事項。餘各項雖欠記載。亦非無效。餘可參照傳票、拘票之說明。

(二) 通緝應以上述書狀分別情形。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。(五二)故通緝書之通數。可按情形定之。並得以之登報或其他適當方法布告之。

### 第五 通緝之效力。

通緝經通知或布告後。檢察官、司法警察官。對於被告。得命拘提或逮捕。(五三)即在檢察官。得命拘提。在司法警察官。則毋待拘票。得逕命逮捕。並不須有第四十九條所定逮捕之要件。至關於拘提或逮捕之執行。自仍應適用第四十六條至第四十八條、第五十四條、第五十五條之規定。

通緝之被告。如已拘提或逮捕者。應適用第五十六條、第五十八條規定。可參照拘提效力之說明。

## 第三節 被告之羈押及其停止撤銷

### 第一款 羈押

### 第一 羈押之意義。

羈押 (Haft, Verhaftung) 者。特定機關使將被告於一定處所強制羈束之命令也。其強制羈束被告之自由。雖與拘提相同。但於下述各點。二者大有別區。即(一)拘提之羈束時間甚短。(參照五六、五八)羈押則除法定之期間外。別無限制。(參照七二)(二)拘提係將被告解送於一定處所。羈押係將被告拘置於一定處所。(三)拘提多係為訊問之目的。羈押則係為實行訴訟並保全執行之目的。

### 第二 羈押之機關。

此為刑事訴訟法第六十七條第二項所明定。即得為羈押命令之權。偵查中屬於檢察官。審判中屬於審判長或受命推事。但檢察官於發押票後。應陳明羈押理由於首席檢察官。蓋以羈押處分甚為重大。宜特使長官注意。以便行使監督權也。又審判中除審判長外。尚許受命推事為之者。蓋以由受命推事訊問被告時。(一九七)亦有此必要故也。

羈押應嚴格解釋。以上述機關為限。不得囑託其他機關為之。此亦與拘提不同者也。(註)

註 第四百二十七條雖列有受託推事。但應解為羈押處分應行除外。

### 第三 羈押之要件。

此為第六十六條所明定。即須具有左列要件。

(一) 須在訊問之後。即不僅須履行第五十九條之程序。並須履行第六十條、第六十三條之程序。

(二) 須有羈押之原因。即第四十一條至第四十三條之情形。申言之。必須有該各條所列情形之一。即甲、被告無一定住址者。(四一) 乙、被告犯罪嫌疑重大。而有下列情形之一者。1、有逃亡之虞者。2、有湮滅或偽造變造證據之虞者。3、有勾串共犯或證人之虞者。(四二) 丙、被告犯死刑無期徒刑或最重本刑為五年以上有期徒刑之罪嫌疑重大者。(四三) 凡此各種情形。必須有其中之一。始得羈押。至第四十條情形。為拘提要件。不得為羈押要件。惟該項情形。有時足認為合於第四十二條第一款。

(三) 須有羈押之必要。故僅有上述第四十一條至第四十三條之情形。尚為不足。更須實有羈押之必要。即因實行訴訟或保全執行。有此必要。例如最重本刑為拘役或專科罰金之案件。雖有第四十一條或第四十二條第一款情形。即未必常有羈押之必要是也。但在通常。苟有該各條情形。尤如有第四十三條或第四十二條第二款情形。雖有必要。自不待言。

#### 第四 羈押之程序。

(一) 羈押應附押票。由命令人署名蓋章。並記載左列事項。(六七、七五、七八)

甲 被告之姓名、性別、住址、或其他足資辨別之特徵。

乙 被告之犯罪行為。

丙 羈押之理由。此即謂應記明上述羈押之原因事實。

丁 應羈押之處所。此自爲看守所或監獄。

戊 發票之公署。

上述甲、丁、戊三項欠缺記載。固屬無效。餘丙一項。應解爲亦不得欠缺記載。蓋以押票本以代裁判書或處分書。依第四百十五條第一項第一款、第四百二十七條第一項第一款、第四百二十八條、第一百八十二條。自應記載也。餘可參看傳票、拘票之說明。

(二) 羈押由審判長所爲者。得先聲明異議。更被法院裁定駁回者。並得再向直接上級法院抗告。(二九九、四一五、四一四) 由其他公務員所爲者。得分別聲請該管法院撤銷或變更。(四二七、四二八)

(三) 執行羈押。由司法警察將被告解送指定之處所爲之。并準用四十七條、第四十八條、及第五十四條關於執行拘提之規定。(六九) 蓋羈押本在羈束被告於指定處所。自應首將其解送以爲執行。餘可參看以前就該各條所爲之說明。

(四) 羈押之被告。及其法定代理人、保佐人、或親屬。得請求實施羈押之公務員鈔給押票。此項請求。不得拒絕。並應即時鈔給。(七〇) 蓋爲此等人得聲請保釋。提起抗告。或爲其他之營救也。(參照七四、四三



二四一五、一六五)

第五 羈押之效力。

羈押之效力。即在於相當期間。將被告羈束於指定之處所。使其不得自由。關於羈束之程度。刑事訴訟法第七十一條。設有規定如次述。

(一) 管束羈押之被告。以維持羈押之目的及押所之秩序所必要者爲限。故押所拘束被告之自由。只以在此範圍內爲限。

(二) 被告得自備飲食及日用必需物件。並得接見他人及接受書信物件。但妨害羈押之目的及押所之秩序者。不在此限。故被告此各項自由。非至與羈押目的或押所秩序有妨害之程度。不得禁止。禁止命令。除檢察官、審判長、受命推事得爲外。押所長官亦得依押所規則辦理。

(三) 被告非有暴行、或逃亡、自殺之虞者。不得束縛其身體。故得束縛被告之身體。以有此列舉之危險者爲限。

(四) 束縛身體之處分。由押所長官命令之。但應即呈報該管檢察官、審判長、或受命推事核准。亦所以昭慎重也。

第二款 羈押之停止

羈押之停止。與羈押之撤銷。雖同須將被告釋放。解除羈束而回復其自由。但後者係使羈押之效力確定消滅。前者則僅使羈押之效力暫行停止。惟其係暫行停止。故以後仍得繼續執行。(八一) 羈押停止之方法。依刑事訴訟法規定。有三種。即具保、責付、及限制居住是也。分述之如次。

### 第一項 具保

#### 第一 具保之意義

具保又稱保釋。(Sicherheitskaution) 即特定機關對於被告許以一定保證停止其羈押之執行也。

#### 第二 准駁具保之機關

此為刑事訴訟法第八十四條所規定。即偵查中由檢察官核定之。審判中由法院或受命推事裁定之。故有命令羈押之權者。亦有命令停止羈押之權。不過在審判中命令羈押者。雖為審判長。命令停止者。則為法院。又一般命令停止者。亦不必即為原命令羈押之人。又檢察官命令羈押時。固應陳明理由於首席檢察官。而命令停止時。則無須為此程序。又依第八十五條規定。則案件在第二審上訴期限內。或在上訴中。而卷宗及證據物件尚在第一審法院者。則該項裁定。應由第一審法院為之。案件在第三審上訴期限內。或在上訴中者。則應由第二審法院為之。且為此項裁定。均須諮詢檢察官之意見。

#### 第三 具保之程序

(一) 具保須本於聲請。即被告及其法定代理人、保佐人、或親屬。得隨時具保聲請停止羈押。乃為法律所明定。(七四)辯護人應有此權。亦已於前述之。又此項聲請。雖以書狀或言詞均可。但須聲明提出保證。

(二) 關於聲請之准駁。由檢察官為之者。乃為處分。其程式別無規定。惟規定其不服之方法。即得聲請該管法院撤銷或變更。(四二八)由法院及受命推事為之者。刑事訴訟法第八十四條定明為裁定。其程式。自應適用第一百八十一條至第一百八十三條。及第一百八十七條之規定。惟關於其不服方法。刑事訴訟法對於法院所為者。許向直接上級法院抗告。(四一五、四一四)對於受命推事所為者。則仍稱曰處分。僅得聲請該推事所屬法院或該管地方法院撤銷或變更。(四二七)

(三) 許可聲請者。應指定相當之保證金額。命聲請人繳納。但由第三人繳納者。亦得許之。又保證金得按其情形。許以有價證券或保證書代之。但保證書以該管區域內殷實之人或商舖所具者為限。並應記載保證金額。及如有命令。即行繳納等情。又許可聲請者。並得限制被告之住居。(七五)

(四) 許可聲請與否。得由核定或裁定機關自由酌定。雖曾提出巨額保證金。而認為不應許可者。仍應駁回。羈押之被告。係犯最重本形為拘役或專科罰金之罪者。則不得駁回。又係專科罰金之罪者。定其保證金。不得逾罰金之最多額。(七八)

#### 第四 具保之效力

具保之效力。僅在許以一定保證暫時停止被告羈押之執行。並非使原羈押命令全行喪失效力。故雖在停止之中。而羈押之原因消滅時。除有特別規定外。尚應撤銷押票。(參照七二、二五、一、三二八) 刑事訴訟法關於具保效力。設有種種規定。分述之如次。

(一) 許可具保聲請者。應於接受所定之保證金、或證券、證書後。停止羈押。將被告釋放。(七六)

(二) 停止羈押後。認保證金額為不足時。得命增加。(七七) 其增加之限制。自應適用第七十八條第二項規定。又為此命令之機關。及其程式。並不服方法。亦與准駁聲請時同。(八四) 可參照前第二及第三(二)之說明。

(三) 停止羈押後。有左列情形之一者。仍應執行羈押。(八一)

甲 傳喚無正當理由不到者。此僅須經合法傳喚無正當理由不到已足。不須已逃亡或有逃亡之虞。又本款情形。除仍執行羈押外。并應適用後述第八十二條之規定。

乙 受住居之限制而違背者。此款須許可聲請時曾有此命令者。始有適用。

丙 因保證金額不足命令增加而不繳納者。故無第七十七條之增加命令時。亦不得適用本款。

丁 因發生新事實。依第四十二條或四十三條有羈押之必要者。此即指發生足認被告有第四十二

條或第四十三條所列情形之一之事實。而仍有羈押之必要者而言。若係發見新犯罪事實。而足成爲另一案件者。則當然另依第六十六條。命行羈押。與在本案命再行執行羈押之情形無涉也。

(四) 被告經傳喚無正当理由不到者。除依第八十一條第一款規定仍執行羈押外。並應沒入其保證金。以證券或保證書代保證金者。應先命其繳納所指定之金額。不繳納者。應強制執行。但以足抵保證金額爲限。(八二)

(五) 撤銷押票。執行羈押。或因裁判而羈押之效力已消滅者。免除具保之責任。繳納保證金、證券。或具保證書之第三人。將被告豫備逃亡情形。於得防止之際。報告法院、檢察官、或司法警察官署。而聲請退保者。得准其退保。免除具保之責任。或經退保者。應將不應沒入之保證金、證券發還。或將保證書註銷。(八三)

(六) 上述執行羈押。沒入保證金及退保之處分。偵查中由檢察官核定之。審判中由法院或受命推事裁定之。(八四)亦可參照前第二及第三(二)之說明。

## 第二項 責付及限制住居

此二種亦爲停止羈押之方法。其與具保不同者。即在不在待聲請。亦不命具保。而由該管機關依職權爲之。一則責付於被告之親屬或該管區內其他適當之人。一則限制被告之住居。即得停止其羈押。(七九、一〇八)

責付云者。即使擔保被告停止羈押後隨傳隨到也。親屬應從第四條之規定。受責付者應命其出具證書。載明如經傳喚。應令被告隨時到案。(七九Ⅱ)其免除責任。應準用第八十三條第一項至第三項之規定。(八三Ⅱ)至爲此處分之機關。并依第八十一條命仍執行羈押之機關。第八十四條。第八十五條有規定。可參照前款之說明。

### 第二款 羈押之撤銷

第一 羈押之撤銷者。於羈押原因消滅時。撤銷押票。使其效力消滅之謂也。(七二)此所謂羈押原因消滅。即前述羈押第二要件不存在。易言之。即認爲本無或已無第四十一條至第四十三條之情形時是也。原因雖已消滅。羈押之效力。尚非當然消滅。須經撤銷押票。被告始得由執行機關釋放。解除其羈束。爲此撤銷處分之機關。刑事訴訟法第八十四條。第八十五條有規定。可參照前款停止羈押之說明。

第二 羈押之效力。原則固須撤銷押票。始行消滅。但有次述例外。

(一) 羈押期滿而未經起訴或裁判時。

羈押被告。偵查中不得逾二月。審判中不得逾三月。但逾期後有繼續羈押之必要者。檢察官或推事應於未屆期滿前。聲請法院裁定之。(七三一)

法院依上述聲請。得將羈押期間延長。每次延長不得逾二月。但偵查中以一次爲限。(七三Ⅱ)

羈押期滿未經起訴或裁判者。以撤銷押票論。(七三三)

上述規定。乃特為保護被告而設。嚴定期限。且偵查中聲請延長。只許一次。審判中雖無次數限制。但每次亦不得逾二月。又聲請延長。自應敘述理由。且應於未屆滿期前為之。此所謂法院。自指同級法院或案件繫屬之法院。裁定無論准駁。均應敘述理由。且得抗告。(一八二、四一五)

又上述期間計算之方法。應依第二百零四條至第二百零七條之規定。其起算日。自為執行羈押之日。如命行羈押與解到押所非同一日者。應自命行羈押之日起算。停止羈押後再執行羈押者。前後日數。應合併計算。

(二) 受不起訴處分時。

羈押之被告。由檢察官受不起訴之處分者。以撤銷押票論。但再議期限內及聲請再議中。遇有必要情形。得命羈押之。(二五一)

(三) 受罰金、無罪、免訴、或不受理之判決時。

羈押之被告。受罰金、無罪、免訴、或不受理之判決者。以撤銷押票論。但上訴期限內。遇有必要情形。得命羈押之。(三二八)

上二條規定。當另於起訴及審判程序內詳述。

## 第四節 扣押及搜索

### 第一款 扣押

#### 第一 扣押之意義

扣押 (Beschlagnahme) 者。特定機關就證據物件及可以沒收之物件。強制取得占有。并於相當期間。保持其占有之處分也。自實質言之。可以沒收之物件。亦為證據物件之一種。(參照二五八II、三七八I II等) 但此項物件。關於科刑、發還及執行。與普通證據物有別。(參照一三六、一三七、二五一II、三二三、三二九、三三〇、四九三、四九四等) 故刑事訴訟法第一百二十七條特以明文分別標明。扣押之特質。即在強制取得占有。由關係人任意提出之物件。其為證據物件之效力。雖亦與扣押物件無異。(參照二八四、二八三) 但其交付既係出於任意。則關於其保管、發還等。自得從提出人之意思。毋庸適用扣押程序之規定。惟扣押機關。若仍以強制保持占有。則即為扣押。應適用扣押程序之規定。自不待言。

扣押物件之占有。是否尚向扣押機關移轉占有之義務。學者中頗有議論。自刑事訴訟法第一百二十八條觀之。應解為有此義務。(參照後之說明)

#### 第二 扣押之機關

此為刑事訴訟法第一百三十八條所明定。即命扣押之權。偵查中屬於檢察官。審判中屬於法院或受命



事。而檢察官及法院受命推事得依其助程序。囑託扣押。自不待言。

### 第三 扣押之客體。

扣押之客體。乃足爲犯罪證據之一切有形物。(一)是否文書抑其他物件。(二)是否動產抑不動產。(三)是否固體抑液體。(四)是否有主抑無主。並其所有或占有是否屬於被告抑第三人。均所不問。證明犯罪屬於公益。扣押證據物件。應以無限制爲原則。故刑事訴訟法僅設有次述例外規定。

(一) 公署保管之文書及其他物件。如於職務上應守秘密者。非經該管監督公務員之允許。不得扣押。但除有妨害國家利益者外。不得拒絕允許。(二)(三)此蓋以公署所保管職務上應守秘密之文書及其他物件。由扣押機關逕行扣押。亦非所宜。故定爲須經該公署該管監督公務員之允許。始得扣押。惟非有妨害國家利益。則不得拒絕允許。所謂該管監督公務員者。即謂該公署之長官或其上級長官也。又所謂妨害國家利益。須由客觀決定。不得專憑主觀。任意藉口拒絕。

(二) 郵件及電報。爲郵務局、電報局所持有時。而有左列情形之一者。得扣押之。(三)(四)適用本條必須該郵件、電報。尚在郵務局、電報局持有中。此時因關係交通甚大。故須有左列情形之一。始得扣押。甲 可以沒收者。此即指有關該案件犯罪可以沒收之郵電。不問是否寄交被告或爲其投遞。均得扣押。

乙 寄交被告或有事實足認其為被告所投遞或係交付被告者。既有事實足認為被告所投遞或係交付被告之郵電。為蒐集證據計。自得扣押。

(三) 郵務局、電報局所持被告與辯護人往來之郵件及電報。不得扣押。但可認為犯罪證據或被告已逃亡者。不在此限。(一三二) 此蓋法律既許辯護人與被告得互通書信(一七五) 則被告與辯護人往來之郵電。通常自應聽郵務局、電報局投遞。不得扣押。惟於可認為犯罪證據或被告已逃亡之時。則仍許扣押。

#### 第四 扣押之程序。

(一) 扣押須本於有權機關之命令。此命令之形式。檢察官係為核定。餘為裁定。(一三八) 裁定為法院所為者。得向直接上級法院聲明抗告。(四一五、四一四) 為受命推事、受託推事所為者。得聲請該推事所屬法院或該管地方法院撤銷或變更之。(四二七) 又由檢察官核定者。得聲請該管法院撤銷或變更之。(四二八)

(二) 扣押應由公署或委託他人或以其他方法。將扣押之物件保管之。(一三七) 此蓋以扣押機關既就扣押物件保持其占有。自應妥慎保管。其保管方法。或由該公署貯存。或委託他人或以其他適宜方法均可。

(三) 扣押物件之持有人。拒絕提出或交付。或抗拒扣押者。得以強制力扣押之。並得依第一百十三條之規定。科以罰鍰或易科拘留。使其提出或交付。但持有人如係第九十七條應得允許而為證人之人。或係第九十八條至第一百條得拒絕證言之人。不得科以罰鍰或易科拘留。(二二八)此蓋以扣押物件之持有人。雖無自動提出之積極義務。(Editionpflicht) 究有忍受扣押之消極義務。故扣押機關命其提出或交付。或實施扣押之時。若竟拒絕或抗拒。則在得逕行扣押者。即得以強制力扣押之。其須待其提出或交付者。則得科以一百元以下之罰鍰。無力繳納者。並得以二元易科拘留一日。以強制其提出或交付。其再行拒絕者。得再科罰鍰。惟不得逾兩次。(此即依一二三條辦理) 假持有人如係依法應得允許而為證人之人。或得拒絕證言之人。則僅得以強制力實施扣押。若有拒絕或抗拒之情形。則不得科以罰鍰或易科拘留。

(四) 扣押應制作收據。詳記名目。給予所有人或持有人。(二二二丁)此不問有無請求。均應制作收據。且詳記名目。分別情形。給予所有人或持有人。

(五) 扣押之物件。應加封緘。由扣押之公署或公務員蓋印。開拆封緘。應由參與該案件之檢察官或推事行之。並命被告在場。但不能命其在場者。不在此限。(二二二乙、二二二丙)此蓋為昭示慎重。即扣押物件。如依其形狀性質。宜於加封緘者。應加封緘。蓋用扣押公署之印。或蓋用公務員、即該檢察官、或審判

長、受命推事、受託推事之章。嗣後開拆，亦須由參與該案件之檢察官或推事行之。且被告能在場者，並應命被告在場。

(六) 郵務局、電報局送交之郵件及電報，應扣留者，即行通知投遞人或收受人，但於訴訟程序有妨害者，不在此限。(二三四)此即謂郵電只係由郵務局、電報局送交中，即其持有中扣留者。(一三〇、一三一) 不問其投遞人或收受人爲被告人或以外之人，均應即行分別通知投遞人或收受人，惟於訴訟程序有妨害者，始毋庸通知。

### 第五 扣押之效力

扣押之效力，即在使檢察官或法院取得扣押物件之占有。凡就該物件有所有權與其他權利之人，並因此喪失權利。不過其行使，在扣押效力存續期間內，須於不牴觸扣押機關占有之範圍內，受限制而已。至扣押效力之存續期間，應解爲如係由檢察官核定者，除已爲不起訴處分時，應即消滅外，餘均應繼續存在。(參照二五一、二五八)至於審判中應存續至何時爲止，則第三百二十九條有明文規定。即扣押之物件，未經諭知沒收者，以撤銷扣押論。但上訴期限內，遇有必要情形，得命扣押之。扣押之效力消滅時，扣押機關即不得再保持其占有。故此時應爲發還之處分，可參看後第七之說明。

### 第六 扣押筆錄

扣押於審判中所爲者。不問其爲法院、或受命推事、受託推事所爲。均應由書記官在場制作筆錄。(一五五)並參照二七〇、二八八)如該日期僅有扣押程序者。則可單作扣押筆錄。如尙爲其他審判、或訊問、調查等程序者。則此項筆錄。可包含於審判筆錄、或訊問被告筆錄、並其他調查證據筆錄之內制作之。又於偵查所爲者。原則亦應由書記官在場制作筆錄。但有急迫情形者。無須書記官在場。得由檢察官親自制作筆錄。(一五五)並參照二四一、二八八)此項筆錄。亦係單爲扣押制作者。稱曰扣押筆錄。連同其他程序一併制作者。則可包含於該項程序筆錄之中。

扣押筆錄。應記載實施之年月日、處所及其他必要之事項。扣押物件。應於筆錄內詳記名目。或別作目錄附後。筆錄應由命扣押之檢察官或推事署名蓋章。幷命在場之人署名或捺指紋。(一五五)此所謂推事署名蓋章。如係法院命行之者。自應僅由審判長爲之。又筆錄係書記官所爲者。書記官自應署名蓋章。且不問是否書記官制作。均應適用第一百八十九條、第一百九十條、第一百九十三條之規定。

#### 第七 扣押物件之處分及發還

扣押原在暫時強制留存該物。故扣押物件。以發還爲原則。處分爲例外。茲述刑事訴訟法關於此項發還或處分之主要規定如次。

(一) 扣押之物件。因其物質價格易於損壞或喪失者。得命競賣。(一三五)此謂扣押物件。須合於所定

競賣條件。始得依競賣程序競賣之。

(二) 扣押之物件。若無留存之必要者。不待案件終結。應發還之。(一三六丁) 凡扣押物件。須有留存之必要者。始須待案件終結後發還。若無留存之必要。則應不待案件終結。逕以職權先行發還。所以保護權利人也。所謂無留存之必要者。即謂該物件已可認為不足為證據物件。或並非可以沒收之物件。或雖足為證據物件。而其證據力已經筆錄或其他合法文件保存。再無須留存之時也。

(三) 扣押之物件。因所有人或持有人之聲請。得命其負保管之責。暫行發還。(一三六乙) 此謂扣押物件。雖尚有留存之必要。亦得於案件終結前。命所有人或持有人負保管之責。暫行發還。惟此時不得依職權。應本於聲請為之。

(四) 扣押之贓物。若無留存之必要者。不待案件終結。應送還被害人。但第三人對於該物有所請求者。不在此限。(一三七丁) 此規定贓物於案件終結前發還被告人之程序。蓋扣押之贓物於判決時。只須未諭知沒收。即應不待被害人聲請。發還被害人。(三二九、三三〇) 此則定明若於判決前已認定無留存必要。則無論其為偵查中或審判中。均應依職權發還被害人。以保護其權利。惟第三人於本案已有反對之請求者。則不問其請求是否正當。均不得發還。

贓物之關係人。仍得依民事訴訟程序。主張其權利。(一三七乙) 此所謂贓物之關係人者。即謂就贓

物有利害關係之人也。凡被害人或其他權利人。不問已否發還。仍得依民事訴訟程序主張其應有之權利。

(五) 扣押之物件。於檢察官為不起訴之處分時。應即發還。但應沒收或為偵查他罪或他被告之用者。不在此限。(二五二) 此當於偵查程序詳述。

(六) 扣押之物件。未經法院諭知沒收者。以撤銷扣押論。但上訴期限內。遇有必要情形。得命扣押之。(三二九) 此當於審判程序詳述。

(七) 扣押之贓物。應發還被害人者。法院應不待聲請。即行發還。(三三〇I)

依第一百三十六條第二項暫行發還之物。無他項諭知者。以已諭知發還論。(三三〇II)

上二項亦當另於審判程序詳述。

(八) 上述扣押物件之發還。在偵查中。應由檢察官核定之。在審判中。應由法院或受命推事裁定之。(一三八)

至其不服方法。於第四百十五條第一款。第四百二十七條第一項第一款。第四百二十八條有規定。

(九) 扣押物件於執行時處分或發還。刑事訴訟法第四百九十三條至第四百九十六條有規定。亦當另於執行程序說明之。

## 第二款 搜索

### 第一 搜索之意義。

搜索 (Durchsuchung) 者。特定機關因發見被告及證據物件。並可以沒收之物件。使就特定處所、身體、或物件強制搜查尋索之命令也。故搜索有廣狹二義。單稱發見證據物件及可以沒收之物件之強制處分爲搜索者。此狹義也。此義之搜索。乃爲扣押之手段。並稱發見被告之強制處分爲搜索者。此廣義也。此義之搜索。則並爲拘提或逮捕之手段。刑事訴訟法所稱搜索。蓋包含此二義而言者也。(參照一三九、一四八、一四六)

### 第二 搜索之機關。

此爲刑事訴訟法第一百四十二條第二項所明定。即命行搜索之權。偵查中屬於檢察官。審判中屬於法院。或受命推事。而檢察官及法院。受命推事。亦得依共助程序。囑託搜索。

### 第三 搜索之客體。

學者恆依搜索之客體。分搜索爲住宅搜索、身體搜索、物件搜索三種。在刑事訴訟法亦可從此分類。惟住宅搜索。以稱爲處所搜索爲宜。

(一) 處所搜索。此即指對於住宅、或其他處所、及船艦、並公署所爲之搜索而言。凡有相當理由可信爲



被告、或證據物件、及可以沒收之物件存在者。均得爲之。（參照一三九I、一四〇、一四一、一四八、一五

三)

(一) 身體搜索。此即指對於人之身體所爲之搜索而言。不限於男子。亦不限於被告。始得爲之。凡有相當理由可信爲證據物件及可以沒收之物件存在者。均得爲之。（參照一三九II、一四七）

(二) 物件搜索。此即指對於人所攜帶之物件所爲之搜索而言。此項搜索。亦僅得於可信爲證據物件及可以沒收之物件存在時爲之。若可信爲被告存在之物件。則應歸入處所搜索之內。

搜索如上所述。法律定有條件。必合於條件時。始得爲之。即處所搜索。必須有相當理由可信爲被告、或證據物件、及可以沒收之物件存在。身體搜索及物件搜索。必須有相當理由可信爲證據物件及可以沒收之物件存在。所謂有相當理由可信者。謂依客觀情況。足信被告及物件存在也。不得專憑主觀之推測。惟對於被告之身體。則應解爲得斟酌情形任意搜索之。

搜索之手段。以得無限制爲之爲原則。故刑事訴訟法就此僅少設有例外規定。即甲、搜索婦女之身體。應由婦女行之。但不能由婦女行之者。不在此限。（一三九III）此則因於風俗。苟有婦女在場者。應使婦女搜索婦女之身體。乙、公署保管之文書及其他物件應扣押者。應請求交付。須於必要時。始得搜索。（一四〇）此定明搜索機關。須相當尊重該公署之權限。原則應先請求交付。此項請求。自得當面爲之。必於拒絕或

有其他必要時始得搜索。丙、軍事上秘密處所或軍艦。非得該管長官之允許，不得搜索。(一四一)此則因軍事上秘密處所或軍艦關係於國防。故定為須得該管長官之允許始得搜索。

#### 第四 搜索之程序。

(一) 搜索應用搜索票。記載搜索之處所、或身體、及發票之公署。由發搜索票之公務員於搜索票署名蓋章。如違背者得拒絕其搜索。(一四二)一四三)搜索命令與搜索票之關係。及其制作者應為何人。并其他制作程式。與傳票、拘票、押票同。可參看其說明。又搜索有次述例外。毋須用搜索票。亦得為之。

甲 檢察官或推事。得不用搜索票。親自搜索。(一四五)蓋須用搜索票者。乃謂使司法警察官或司法警察行搜索之時。若由命令者行搜索時則否。

乙 執行拘提、逮捕、或羈押時。得不用搜索票。逕行搜索住宅、或其他處所、及船艦。(一四六)此則只須係對於被告執行拘提、逮捕、或羈押。則司法警察官、司法警察。亦得就該各處所。不用搜索票以為搜索。即此時不待有檢察官推事之命令。亦得逕自為之也。

丙 拘提或逮捕之被告。得不用搜索票。逕行搜索其身體。(一四七)此則定明司法警察官或司法警察對於被告執行拘提或逮捕時。亦得不用搜索票。逕行搜索其身體。蓋為發見犯罪形跡、及證據物件。并可以沒收之物件。或恐其暗藏有抵抗之兇器也。

丁 有左列情形之一者。得不用搜索票。逕行搜索住宅、或其他處所、及船艦。(一四八)此亦係規定司法警察官或司法警察得不用搜索票。逕自搜索該各處所。

1 因追躡現行犯或逮捕逃入者。此蓋為稍縱即逝。自無待命令也。  
2 有事實足認為有人在內犯罪而情形急迫者。此蓋為不急行搜索。則犯罪將更繼續或擴大。或人犯將致逃匿。證據將致湮滅也。

(二) 搜索住宅、或其他處所、及船艦。由檢察官或推事行之者。應命左列之人在場。(一五二)此蓋為慎重並昭威信也。

甲 被告。但不能命其在場。或認為於搜索有妨害者。不在此限。

乙 戶主、船主、或管理人。但不能在場時。得命該住宅、處所、或船艦內之一人在場。

前項搜索。非由檢察官或推事行之者。除前項所列之人外。應更命二人在場。(一五二)此係較前更須慎重之意。

(三) 在公署或軍事上秘密處所及軍艦內搜索者。應通知該管長官在場。(一五三)此亦係慎重之意。

(四) 搜索應將搜索票示第一百五十二條第一項在場之人。(一四四)此蓋為使該各項人知悉有搜索命令及其內容之意。其未用搜索票者。亦以言詞告知為宜。

(五) 夜間非有第一百四十八條情形之一者，不得搜索住宅或其他處所及船艦。(一四九丁)此蓋為尊重該處所內之人之安息時間也。惟有第一百四十八條緊急之情形，自不在此限。

日間已開始搜索者，得繼續至夜間。(一四九丑)此蓋為搜索中途中止，甚屬不宜也。

稱夜間者，謂四月一日至九月三十日午後九時起至午前五時止，十月一日至三月三十一日午後九時起至午前七時止。(一四九丙)以此明文規定者，防疑義也。

(六) 左列處所，夜間亦得搜索之。(一五〇)此則或因毋庸顧慮其安息，或因並不防害其安息也。

甲 假釋人住居或使用者。此則謂保釋出押或假釋出獄之人，為再執行或查看其行狀，自應許於夜間就其住居之處所或使用者(例如因營業或他用於居住外另備之處所)搜索之。

乙 客棧、飲食店、及於夜間公眾可以出入之處所。仍在公開時間內者。此等處所，既尚在公開時間內，雖在夜間，自亦得搜索之。

丙 以賭博或妨害風化行為為營業者。此等處所，多係利用夜間，自應許搜索。

(七) 抗拒搜索者，得用強制力搜索之，但不得逾必要之程度。(一五一)此示明搜索處分，受搜索者有忍受之消極義務。如抗拒者，即得用強制力為之，惟不得逾必要之程度而已。

(八) 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。(一五四)此示明搜索雖係爲本案而爲。其發見本案之證據物件。或可以沒收之物件。應即行扣押。自不待言。即發見與本案無關之物件。只係顯爲犯他罪之證據。亦應扣押之。送交該管檢察官處分。本條不僅就檢察官推事親自搜索時。始有適用。即由司法警察官或司法警察搜索時。亦得將該物件搜去。交由檢察官。或推事扣押並處分之。

#### 第五 搜索筆錄。

即搜索亦如扣押。原則應由書記官在場。由其制作筆錄。可參看第一百五十五條及前款扣押筆錄之說明。

### 第四章 被告之訊問

#### 第一 訊問之目的。

被告之訊問 (Vernehmung des Beschuldigten) 云者。對於被告發問而促其陳述也。被告乃一面爲當事人。一面爲證據方法。故訊問被告之目的有二。即一則與以行使防禦權之機會。使其辯明犯罪嫌疑。陳述有利事實。並提出相當證據。一則以爲調查證據之手段。使其供認犯罪事實。以期獲得足憑認定犯罪之證據。夫法院認定犯罪。固須憑一切證據。(一八二)不以被告之供述爲限。但被告之供述。就中如就犯罪事實所爲之辯解或自白。於促動法院之自由心證。甚爲有力。故訊問被告程序。不問其於偵查程序。抑

於審判程序均為重要部分。且在審判程序。原則上乃為必要成分。未經此程序。應認審判程序為無效。又為特定訴訟行為。亦有以訊問被告為必經之程序者。如羈押被告前之必經訊問。傳喚或拘提。逮捕被告後。通常之必經訊問者是也。

依上所述。訊問被告程序。乃有二種性質。即一則係為被告而設之防禦程序。一則係為檢察官或法院而設之蒐集或調查證據程序。刑事訴訟法就訊問被告程序。雖係着重第一種性質而設規定。（參照六〇、六二、六三、二七八後段）但被告之自白。得為證據。亦為同法第二百八十條第一項所規定。故檢察官之訊問被告。有蒐集證據之目的。固不待言。即法院或受命推事訊問被告。亦係一面出於調查證據之目的。即在刑事訴訟法之解釋上。亦可謂毫無疑義者也。（參照證據章說明）

## 第二 訊問之機關。

刑事訴訟法就此雖未如被告之傳喚、拘提、羈押於本章特設明文規定。但訊問程序。既為偵查及審判程序中之重要部分。且傳喚或拘提被告。多因訊問。羈押被告。則必經訊問。故訊問被告之機關。偵查中為檢察官。審判中為法院。乃屬當然。不過法院係由審判長代表。（二七七、二七八）但列席推事。亦得向審判長聲明親自訊問。（一九六）又受命推事。亦得訊問。（一九七）

訊問機關。以上述者為限。對於刑事被告。以宜嚴格適用直接審理主義。故應解為不得依其助囑託訊問。

又司法警察官。法律上無訊問被告之權。惟得使被告自由陳述。錄取其供述之文件。亦得爲證據。

### 第三 訊問之程序

(一) 關於訊問被告。偵查及審判程序。各有特別規定。當於後另述之。(參照二四二、二七三、二七四等) 茲所述者。僅一般觀念及第五章通則之規定。

(二) 除被告在場者。得逕行訊問外。通常均須指定日期。并經傳喚。或拘提。逮捕之程序。(三九、二六五、五八)

(三) 訊問時通常均須書記官在場。或出庭。且在審判程序。出庭尤爲訴訟要件。偵查程序。亦須有急迫情形。始毋庸在場。(二七〇Ⅲ、二四一)

(四) 於審判日期訊問被告。應將該日期通知原告、辯護人、輔佐人。使其出庭。且原告及強制辯護人。指定辯護人出庭。乃爲訴訟要件。(二六五、二六八、二七〇Ⅲ、三四六、三九一)

(五) 訊問被告。應自查驗其人有無錯誤始。此即本案前之訊問。一稱關於人之訊問。以下所述者。則爲本案之訊問。一稱關於案件之訊問。蓋傳喚。或拘提。逮捕到案之人。苟非真正被告。則對於本案。自不得進行訊問。且亦不得再行拘提或逮捕。故首應爲關於人之訊問。即應先詢其姓名、年齡、籍貫、職業、住址。以查驗其人有無錯誤。如係錯誤。而僅被傳喚者。則應命其退出。若係被拘提或逮捕者。則應即釋放。(

五九) 必確爲本人。始得進行次述本案之訊問。(註)

註 所謂應詢姓名、年齡、籍貫、職業、住址。不過爲通常查驗之方法。但亦有應更詳細查問者。亦有得酌爲省略者。只須爲查驗之程序已足。查驗方方之詳略。固可由訊問人裁量之也。(參照日新刑訴法

一三三)

(六) 關於本案之訊問。刑事訴訟法多係着眼於被告爲當事人之地位而設規定。即係以使其行使防禦權爲主旨。分述之如次。

甲 訊問被告。應告知犯罪之嫌疑及所犯罪名。罪名經告知後。認爲應變更者。應再告知之。(六〇)此蓋爲使被告知悉因何案件受訊問。故就本案爲訊問時。首應告知以有何嫌疑。成何罪名。以便其防禦。而罪名經告知後。認爲應變更者。應再告知之。所謂犯罪嫌疑。即指足疑爲犯罪之事實。所謂所犯罪名。即指足成刑法上或特別刑法上所規定之犯罪。只須具體告知其內容已足。不必告以法律上之名詞。

乙 被告有數人時。應分別訊問之。其未經訊問者。不得在場。但遇有必要情形。得命與他被告或證人對質。(六一)本條則兼有調查證據之目的。而定明凡被告有二人以上。均應隔別訊問。否則其程序違法。蓋爲發見真實。不得不如是也。又因發見真實。并得行對質程序。即命被告與他被告或證人對



質對質云者。(Gegensüberstellung od. Konfrontation) 使雙方在場交互訊問之。非使其互相詰問也。

丙 訊問被告。不得用強暴脅迫、利誘、詐欺及其他不正之方法。(六二)故凡以不正當之方法訊問者。其程序即為違法。其供述不得以為判決之基礎。

丁 訊問被告。應與以機會。使其辨明犯罪之嫌疑。及陳述有利之事實。又訊問時應指明犯罪之嫌疑。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。(六三)此亦為訊問者應遵守之程序。如未與以辨明及陳述之機會。亦未指明犯罪嫌疑。詢其辯解。並使其連續陳述。又陳述有利事實時。未命其指定辨明方法。均屬違法。

#### 第四 訊問筆錄。

訊問筆錄者。因認證訊問程序及保存於訊問程序所發生之事項。依法定程式所制作之文件也。制作此項筆錄之權。亦如他項筆錄。原則應屬於檢察處或法院之書記官。(參照一八八)至其程式。除應適用第一百八十九條及第一百九十條之一般規定外。尚有第六十四條及第六十五條之特別規定。又在審判程序。以其為審判筆錄之一部分。尚應適用關於審判筆錄之規定。(三三一至三三五)惟在偵查程序。雖亦為偵查筆錄之一部分。而關於其程式。僅有應由檢察官署名蓋章之規定。以外無特別規定。(二五七)

以下所述者。即第六十四條及第六十五條之規定也。

(一) 訊問被告。應作筆錄。記載左列事項。(六四一)

甲 訊問及被告之陳述。故訊問筆錄。必須記載問答之言詞。且通常多為一問一答之體。但訊問之時。既不須全用一問一答之方法。有時應命就其始末連續陳述。(見前)則此項陳述。自應依照其言詞記載。又記載該項訊問及陳述。並無須按照當時言詞一一錄載。只須不失其趣旨已足。但在偵查。不得如審判。只記載陳述或辯解之要旨。又訊問或陳述之情形或態度。亦應記載。如曾示以證據。加以詰問。或對於訊問。良久始答。或沈默不答。或俯首無詞。或甚惶恐之類。均應記載是也。

乙 訊問之年月日及處所。年月日雖遺漏記載。如筆錄已記載其制作之年月日。亦可推定其係於該日期作成。蓋以筆錄原應朗讀故也。又處所雖遺漏記載。只須載明訊問之官署。亦可推定係在該官署內作成。蓋以日期於法院內開之為原則也。

(二) 筆錄應命書記官向被告朗讀。並詢以記載有無錯誤。(六四二) 未履行此項程序。其筆錄全屬違法。不得以為證據。又此項程序。在審判程序。只得專以筆錄證之。(三三四)故雖履行而筆錄未經載明。亦應認為未經履行。又檢察官執行書記官職務者。自應由檢察官履行之。

(三) 被告請求將記載更正者。應將其更正之陳述一併記載。(六四三) 此係於訊問機關。不認被告

更正之請求爲正當時。始有適用。若訊問機關認被告更正之請求爲正當時。則可命書記官更正之。而適用第一百九十條之規定。毋須更將其請求特予記載也。

(四) 筆錄應由訊問之檢察官或推事署名蓋章。并命被告於其陳述記載末行後署名或捺指紋。(六四四) 定爲應由檢察官或推事署名蓋章者。爲使其行使監督權。並保證筆錄之真正也。定爲應由被告於陳述記載末行署名或捺指紋。則專爲使保證筆錄之真正之意。被告於筆錄未經朗讀者。得拒絕署名或捺指紋。惟檢察官、推事、及被告署名或捺指紋。並非筆錄之有效成立要件。雖有欠缺。亦非根本無效。其證據力仍得依自由心證判斷之。

(五) 被告對於犯罪之嫌疑是否承認。及其所陳述有利之事實。與指定證明之方法。應於筆錄內記載明確。(二八五) 此於被告之防禦權及法院之自由心證。至有重大關係。故定明應予明確記載。

## 第五章 證據

### 第一節 總論

#### 第一款 證據之意義

證據(Beweis)有二種意義。一謂確待證事項之材料。此客觀之意義也。又稱曰證據方法(Beweismittel) 二謂證據方法於確認事項時之效果。此主觀之意義也。而證據方法又有二義。一謂供給確認事項之資料

之人或物。即被告、證人、鑑定人、勘驗標的、證書是也。一謂利用於確認事項之資料。即被告之陳述、證人之證言、鑑定人之鑑定、勘驗之結果、證書之內容是也。又稱曰證據原因。通常所謂證據或證據方法。多指證據方法之第一義。即供給資料之本體。

## 第二款 舉證

關於證據之訴訟程序。稱曰舉證或調查證據。(Beweiserhebung und Beweisaufnahme) 在民事訴訟。舉證與調查證據。應嚴格區別。舉證責任。尤為重要問題。故民事訴訟條例就此設有詳細規定。(參照民事訴訟例三二八至三三四、三五三、三八四、四〇三、四〇四、四〇九、四〇〇、四〇一、四二三、四三二、等) 但在刑事訴訟。以係採職權主義。證據之蒐集及調查。均為法院之職責。故舉證及調查證據。並舉證責任。無區別及研究之必要。不過當事人在審判程序。雖無舉證之責任。但有舉證之權利。(參照二六九、三二九、六三) 又檢察官於偵查中亦有蒐集及調查證據之職責。自不待言。(參照二三〇) 舉證之目的。乃在使待證事項。因該證據而明瞭。申言之。即在使調查者信用待證事項。此信用之程度。法律上可別為三種。第一、為對於該事項之嫌疑。(Verdacht) 在偵查程序。舉證及調查證據之程度。得至此為止。(參照二五三、二六一、三二六) 第二、為對於該事項之推測。(Wahrscheinlichkeit 即相當信用) 此種程度。法律上稱曰釋明。(Glaubhaftmachung) 因此所用之證據方法。稱曰釋明方法。(例如二八ⅡⅢ) 第三、為對於該

事項之確信。(Ueberzeugung 即確實信用)此種程度。法律上稱曰證明。(Beweisung)又稱曰得有心證。因此所用之證據方法。稱曰證明方法。(例如六三二)法院爲判決時。無論其是否關於本案。均應已至證明程度。惟爲裁定時。以有特別明文爲限。得僅至釋明程度爲止。(參照二八二、一〇二、一〇九二)

## 第二款 證明與釋明

證明與釋明之意義。已述於前。茲僅述其區別如次。

第一 關於法院之信用。有強弱之差別。

第二 證明多係關於實體關係之事實。釋明則專係關於訴訟程序之事實。且在此種事實。亦須法律有明文。否則仍須證明。

第三 釋明之責任。常應由當事人或第三人負擔。證明之責任則否。無論當事人曾否舉證。法院均應依職權蒐集并調查。

第四 證明所用之證據方法。法律上有種類之限制。釋明所用之證據方法。是否應與民事訴訟條例第三百三十五條爲同一解釋。學說上尙有議論。通說均謂應無該條例但書之限制。

## 第四款 證據之種類

第一 證據與反證。

狹義之證據。即關於實體法上事實之證據。又可分為證據 (Beweis) 與反證 (Gegenbeweis) 前者謂證明犯罪事實存在之證據。乃於被告不利。又稱曰主證據 (Hauptbeweis) 或有罪證據 (Belastungsbeweis) od. Anschuldigungsbeweis) 後者謂證明犯罪事實不存在之證據。乃於被告有利。又稱曰無罪證據 (Entlastungsbeweis od. Entschuldigungsbeveis) 或防禦證據 (Verteidigungsbeweis) 被告固得提

出反證。但在法院及檢察官。亦有舉反證之職責。(參照二、三九)(註)

註 民事訴訟法所謂證據與反證。乃以舉證人爲標準而設規定。不問原告或被告。凡就其利已事實舉出者。稱曰證據。他造對於該項證據提出之反對證據。始稱曰反證。

## 第二 直接證據與間接證據

直接證據 (Direkte Beweis od. Unmittelbare Beweis) 者。直接證明待證事實之證據也。如竊盜案件。人供述被告行竊是也。間接證據 (Indirekte Beweis od. Mittelbare Beweis) 者。依證明間接之事實而推斷待證事實之證據也。如竊盜案件。有證據足以證明被告原係赤貧。現竟浪費多金。因以推斷其行竊是也。在法定證據主義。二者之證明力。有強弱之別。而在自由心證主義。則關於其證明力。法院得依自由心證判斷之。無所輕重。

## 第三 人證與物證

人證又稱人之證據方法。(sächliche Beweismittel) 物證又稱物之證據方法。(personliche Beweismittel)

此二者之種類。於法律應有一定。即人證僅限於被告及證人。鑑定人。物證僅限於勘驗標的及證書。

(註)

註時民事訴訟條例所稱人證。乃謂調查證人之程序。

### 第五款 證據之客體

證據之客體。通常雖為事實。但亦有為法律及經驗上法則者。即關於習慣法、自治法、外國法、及特別之經驗上法則。依調查證據程序調查之時是也。(參照訴訟資料節之說明)又事實亦有訴訟法上之事實與刑法上之事實。前者有時固僅須釋明。後者則以其係關於刑罰權之存在及範圍。必須證明始可。故如證據不能證明犯罪事實。則應諭知無罪之判決。(二二六)此即所謂嫌疑為被告利益(in dubio pro reo)之原則。乃絕對排斥古代嫌疑罰(Verdachtsstrafe)之制度者也。

### 第六款 不須證據之事實

第一 法律上推定之事實

法律因某事實存在而推定他事實存在者。稱曰法律上之推定。(Praesumptiones juris)法律上推定之事實。在未有反證以前。法院得逕行認定。不待依證據證明。惟在實體真實發見主義之下。關於犯罪事實。除

特別刑法有明文規定者外。殊無適用此原則之餘地。即應適用民法規定時。亦不應適用其推定之規定。

(註)

註 法律上之推定。與法律上之擬制 (Præsumtiones juris et de jure) 有別。後者乃法律因某事實存在。而確定他事實存在。不得更以反證推翻。現行法令所謂「視為」「視作」「以云云論」者。均屬於此。得適用此種規定時。自應不依證據。逕行認定。

### 第二 一般之事實。

此即指一般通有之事實。如人有健全之精神狀況之事實是也。此項事實。法院不待證明。即得確信。故毋須依證據認定。反是欲認定與一般事實相反之事實。反須舉證。如欲認定被告係精神喪失。(如刑法三一丁刑訴法三〇五丁)或心神耗弱。(如刑法三一丁)須待證明是也。

### 第三 公知之事實。

公知之事實。又稱顯著之事實。(notorietät od. notorische, eifenkundige Thatsachen) 又有二種。一為一般公知之事實。(allgemeinkundige Thatsachen) 即在一國內或一地方內。為一般人所知悉之事實也。(民事訴訟條例單稱此種事實曰顯著之事實) 如歷史上之著名事件。自然界之重大事件。一為法院公知之事實。(gerichtskundige Thatsachen) 即法院於其職務上所知悉之事實也。例如法院所為之裁判



或處分是。此二種事實。民事訴訟條例第三百二十九條。規定均無庸舉證。刑事訴訟法無此明文。在學說上。關於前者。固一致主張毋庸舉證。關於後者。則意見尙不一致。有謂尙應由法院舉證者。余謂事實之待證明。無非使法院得有確信。法院於職務上所知悉之事實。非私人關於事實之認識可比。既因此得有確信。自應與一般公知之事實同論。毋須證明即得認定也。

### 第七款 證據之判斷

證據之判斷 (Beweisurteilung) 者。評判證據之證據力也。何謂證據之證據力 (Beweiskraft) 即證據資料或證據原因關於待證事項之證明之價值也。所謂證據之判斷。即評判此項價值。故又稱曰證據之評價。夫依證據以認定事實。須經數階段。即第一、須有證據方法之提出或蒐集。第二、須經調查證據之程序。此階段即係欲由證據方法獲得證據資料。即證據原因。第三、即爲證據之判斷。此階段即係由審判官就其所獲得之證據資料。即被告之供述。證人之證言。鑑定人之鑑定。勘驗時所認識之現象。書證時所認識之內容。依歸納或演繹之推理作用。而評判其及於待證事實之效力。第四、得有心證。即已經證明。一稱證明之結果。此階段即審判官依其判斷而對於待證事實得有確實之信用也。法院必至此階段。始得認定事實。心證云者。即審判官以推理作用判斷證據。而測定其對於待證事實之信念也。所謂自由心證主義。並適用此原則有相當限制。已於前述之矣。(參照緒論)

## 第二節 被告

被告係一面為證據方法。並訊問被告之目的。係一而調查證據。已於前述。刑事訴訟法雖將被告列於證據之外。（參照二二〇、二八一）但被告之供述。無論其是否於被告有利。均得以為裁判基礎。乃為學者之通說。尤如被告之自白。得為證據。刑事訴訟法亦有明文。（二八〇—一）故被告亦人證之一。其與證人及鑑定人之人證不同者。即證人、鑑定人、有陳述之義務。被告則無此義務而已。（參照訴訟行為之種類及被告之訊問之說明）

何謂自白。（*Geständnis*）即承認犯罪事實之觀念表示也。有訴訟上之自白。與訴訟外之自白二種。前者乃於實施刑事訴訟程序之公務員之前為之。後者乃於此等人以外之人之前為之。二者固均得為證據。且其證據力無差別。（參照四四二—二）但通常所稱自白。均指第一種。（參照二七九、二八〇—一）又民事之自認。於訴訟上為之者。有拘束法院之效力。（參照民訴條例三三〇）刑事之自白。則無此效力。仍須適用自由心證之原則。（參照二八〇及各論審判之說明）又民事有擬設之自認。（參照民訴條例三三二）刑事則無此規定。故對於犯罪事實。須表示明白之承認。始為自白。若僅不爭執或沉默無言。不得認為默示之自白。共同被告之供述。於認定他被告犯罪事實時。得為證據與否。學者中尚有議論。余謂共同被告。在他被告案內。雖未經訊問證人之程序。但其所為供述。於自己犯罪。尚得為證據。於他被告犯罪。亦無不許為證據之理。

## 第三節 證人

### 第一 證人之意義

證人 (Witness) 者。特定機關陳述其所經歷之事實之第三人也。分述之如次。

(一) 證人爲第三人。其與法院職員及當事人、並辯護人、輔佐人、代理人之關係如何。應分別論之。

甲 法院及檢察處職員。即推事、檢察官、書記官、通譯、承發吏。曾於該案件爲證人者。法律已有明文。應行迴避。不得執行職務。(參照迴避之說明)

乙 上述職員。於該案件非於其職務上所知悉之事實。應解爲得爲證人訊問之。至於其職務上所  
知悉之事實。不問其是否在該案件所知悉。若在法院。以此項事實不待證明即得認定。自不發生訊  
問證人之問題。(參照第一節) 在檢察官。以本得依其職權主張并提出該項事項。亦不發生以爲證  
人訊問之問題。其餘職員。應解爲得爲證人訊問。司法警察官及司法警察亦然。

丙 共同被告。於本案件以爲證人訊問。乃爲性質所不許。但其供述。於自己犯罪及他被告犯罪。得爲  
證據。已於前述。何謂共同被告。即指現在同一訴訟程序居於被告地位者而言。故雖曾爲共同被告。  
而現已失其地位。或雖爲共犯。而係在他法院爲被告。或雖在同一法院爲被告。而未在同一訴訟程  
序。仍得以爲證人也。

丁 於該案件曾為辯護人、輔佐人、代理人者，應解為得以為證人訊問。至為證人後，仍得為辯護人、輔佐人、代理人與否。通說固有謂其性質不能相容，應當喪失其資格者。余謂通常固以不參與該訴訴為宜，但非性質上不能相容。法律既無如推事、檢察官等應行迴避之規定，再以該項資格執行任務，法律上亦不能謂為無效。

- (一) 證人乃就自己所經歷事實為陳述之人。申言之，即證人所為證言，其本質僅在陳述關於某事實之認識。即觀察該事實之結果，並非陳述關於某事實之判斷。其與鑑定人性質上根本不同者，即在於此。苟係關於事實之認識，則不問其為過去之事實，抑為現在之事實，亦不問其係為直接之觀察，抑為間接之傳聞，更不問其係本於五官之直覺，抑本於推理之作用，并是否須有特別之智識經驗。彼民法訴訟法上所謂鑑定證人（參照民訴條例三九八）於刑事訴訟法，固仍為證人也（更參照後之說明）。
- (二) 證人乃特定機關所命為陳述之人。即指定第三人為證人而對之為傳喚及訊問者，須為法定之機關。即偵查中為檢察官，審判中為法院及受命推事。不過法院係由審判長代表，指定訊問日期並發傳票及訊問，亦多係審判長代表（參照八七二、二六九、一九四、一九六）又訊問證人，得依其助辦理。受託機關，尤如受託推事，自亦有此權限。又司法警察官，對於犯罪時在場之證人，恐偵查時不能訊問者，亦得訊問（二二三三）又被告在偵查審判各程序，均有聲請傳訊有利證人之權利（參照二二九、二

六九一、二九四) 檢察官及自訴人。在審判程序。無論其是否為於被告利益之證人。均有聲請傳訊之權利。(參照二六九一、二九四、三四六) 但法院認為與案情無關者。得以裁定駁斥其聲請。(二六九二) 審判長對於特定事項。認為已臻明瞭。毋庸訊問證人者。得以裁定省略證人之訊問。(二九五) 又檢察官、法院不問其於被告有利或不利之證人。凡有必要時。均應依職權傳訊。(參照二、二六九一、二九四) 又司法警察官及司法警察。知有犯罪嫌疑者。應於檢察官開始偵查前。將可為證人者之姓名、性別、住址及其他足資辨別之特徵記載。通知該管檢察官。(三三三、三三四) 又應於外國訊問證人者。應解為得參酌民事訴訟條例第三百四十六條及第三百四十七條辦理。

## 第二 證人之資格。

凡稱為曾經歷某事實者。就該事實。即有為證人之資格。如經有權機關指定其為證人。即應負擔後述之義務。至於實否經歷該事實。并對於該事實有無認識及陳述之能力。均所不問。總之為證人之資格。原則應不為國籍、年齡、能力、性別、地位所限制。不過對於有特別身分或關係之人。法律設有特別。許其免除證人義務。又對於受領事裁判權或治外法權限制之外國人。雖亦得命為證人。但如不應傳訊時。惟有囑託該管外國領事或其他外國官廳辦理而已。

## 第三 證人之義務。

凡經有權機關命為證人者。即有後述義務。此項義務。為訴訟法上之義務。乃由於服從司法權之關係而生。與該案件之訴訟程序是否合法無關。故此項義務。原則無限制。但有例外。即除受領事裁判權。治外法權之限制外。法律並設有免除義務之規定。又有二種。有免除義務全部者。有免除義務一部者。一部免除之規定。當於後述。茲先述全部免除。即對於下述之人以為證人。須經允許。否則即無為證人之義務。後述三項義務。均全部免除。即以公務員或曾為公務員之人為證人。而就其職務上應守秘密之事項訊問者。應得該管監督公務員之允許。此項允許。除有妨國家利益者外。不得拒絕。(九七)故對於此等人訊問其職務上應守秘密之事項時。須於傳喚或訊問前。示明訊問事項。徵求其該管監督長官之允許。其長官除依國家利益應行秘密者外。不得拒絕允許。至是否職務上應守秘密之事項。并是否有妨國家利益。亦不能專憑公務員及其監督長官主觀之意見。應依客觀標準決定。否則仍為違背義務。

(1) 到案之義務。(Erscheinungspflicht)

甲 義務之內容。即證人應於應到之日時處所到案。(即到場或出庭)非至訊問完畢或另有許可之時。應行滯留。不得退去。此應到之日時及處所。通常固係先行通知。即應於傳票記明。向之送達。(八八13, 八九)或當場告以下次應到之日時處所。(九〇)但如係在場者。亦得逕命候訊。(九三)又該處所。通常固指定在法院或檢察處之內。但亦得指定法院或檢察處外之處所。命其前往或偕

往(九一九二)

乙 義務之強制。刑事訴訟法就案義務設有次述強制規定。

1 證人經傳喚無正當理由不到者。除得命賠償因不到所需之費用外。科以五十元以下之罰鍰。並得拘提之。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。(九五)又證人無正當理由拒絕偕往指定之處所者。亦得命拘提。(九二二)此所謂經傳喚。乃指受合法之傳喚者而言。即以傳票傳喚者。須合於第八十七條至第八十九條之規定。即該傳票之發出、制作、送達。均須合法。又以當場告知代送傳票而為傳喚者。則須合於第九十條之規定。又證人在場。當場命其候訊(九三二)而不滯留者。亦得準用本條。又此所謂正當理由。乃指不能遵命到場之事由。不問主觀客觀均可。如證人患病、出外、或道途阻隔、火車誤點等是。又此所謂不到。乃指違背到案義務不於指定之日時處所到場並在場之義。故於開始訊問時未到。或於不應退去時退出。或因維持法庭秩序被命退去。(法院編制法六一一)均可包含。惟僅在該日期遲到者。應解為通常仍應訊問。且僅得命賠償因遲到所生之費用。不得科罰鍰或拘提。如已為此裁定。亦應撤銷(註)此所謂因不到所需之費用。乃指因其不到而致發生之費用。例如履勘應命證人前往訊問者(二五八)因其未到以致須為再次履勘時。再次履勘所需之費用。均得命其賠償。

是也。此所謂罰鍰，乃秩序罰性質。即一種行政罰，非罰金之性質。故不得適用刑法之規定。不過對於無力繳納者，得易科拘留而已。又命賠償或科罰鍰或拘提之聲請及裁定，得由該管機關本其自由意見決定之。故認為無此必要者，自得不爲此聲請或裁定。就中不命拘提，仍再行傳喚，尤無不可。又該三項處分，均非必須並行者。且科罰鍰，只以兩次爲限。

註 裁定原則爲裁定者應受其羈束。且罰鍰及賠償費用之裁定，明定有不服之方法。（九六ⅡⅢ、四一五<sup>2</sup>、四二七<sup>1 2</sup>）則於爲罰鍰之裁定後，是否在未有抗告前得撤銷其裁定（參照四一九）解釋上固不無疑義。余謂科罰鍰及拘提，本謂強制其到案。既於該日期到案，自無此必要。故未爲此裁定者，不得更爲此裁定。固不待言。即已爲此裁定者，爲保護證人計，亦應許其撤銷。無待抗告。

2 拘提證人。準用第四十四條至第四十八條及第五十四條之規定。（九六一）可參看拘提被告之說明。又拘提現役之軍人、軍屬，刑事訴訟法以無民事訴訟條例第三百五十八條第三項之規定。固非必須囑託該管長官執行。但通常仍以囑託爲宜。

3 拘提證人。以係準用拘提被告之規定。拘提命令，自係由該管機關即傳喚證人之機關爲之。（四四Ⅱ）故刑事訴訟法僅就科罰鍰及命賠償費用之機關，設有規定。即偵查中由檢察官聲請



該管法院、審判中分別由法院或受命推事裁定之。(九六Ⅱ)受託推事亦得爲此裁定。法院或受命推事受託推事爲此項裁定時。應審查該證人是否受合法之傳喚。并無正當理由不到。須有此要件時。始得爲此裁定。否則不應爲之。或應爲駁回聲請之裁定。無論係爲此裁定。抑係爲駁回聲請之裁定。均應敘述理由。并依式制作裁定书。并以正本送達於證人。由檢察官聲請者。並應向之送達。(一八二、一八三、一八七)又刑事訴訟法定明證人對於科罰鍰或命賠償費用之裁定。得於五日內抗告。(九六Ⅲ)此係就法院所爲者而言。應向直接上級法院爲之。(四一四Ⅰ)若對於受命推事受託推事所爲者。則應解爲仍應適用第四百二十七條之規定。聲請該推事所屬法院撤銷或變更。且受託推事係初級法院推事。應向管轄地方法院聲請。至檢察官對於駁回其聲請之裁定。則不得抗告。(四一五)

4 證人被拘提者。不得請求法定應得之費用。(一一四但書)

丙 前開到案義務。亦有許其免除之規定。即證人有正當理由不能到案者。得按其情形。就其所在。或於其所在地法院訊問之。(九四)此所謂正當理由。即指其不能到案之障礙原因。於一般亦得認爲相當者而言。其事由別無限制。通常自爲疾病或衰老。餘如因重大職務或業務羈身。不能離去其所在地者。亦可包含。僅只若到訊問機關須多費時間及費用者。(參照民訴條例二六二)通

常與此項事由無涉。又此項事由。自應由證人向傳訊機關陳明。又此所謂就其所在訊問。係訊問機關前就證人所在地訊問之義。於其所在地法院訊問。則僅應囑託該法院訊問。仍須證人前往受訊也。無論就其所在訊問。或於其所在地法院訊問。傳喚之程序。仍須履行。不過在就訊者。其傳票不應記載應到之日時處所。而應記明就訊之日時而已。

上述義務之免除。並與訴訟關係人參與訊問之權無涉。故如各關係人得於訊問時在場或得詰問覆問者。仍應使其在場或詰問覆問。(參照二八六)又到案義務。與後述具結義務及證言義務為兩事。故雖不得命具結之證人。仍有到案之義務。又雖得拒絕證言之證人。苟不於到案前陳明拒絕。并依法釋明。仍應到案也。

又訊問機關違背免除義務之規定者。亦不過關於到案之程序違法。該證人得拒絕到案。并不到案時。不得謂其違背到案義務。使受制裁而已。如該證人仍到案受訊問。則訊問程序。仍完全有效。其證言之效力。並不因此受影響也。

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

甲 義務之內容。此為擔保證言之真實而附屬於證言義務者也。歐洲諸國及日本均稱曰宣誓。且在歐洲具有宗教性質。係使其向上帝為之。我國及日本。乃與此異。係使其向訊問機關為之。刑法之

偽證罪。乃以具結爲要件。故具結義務。乃與偽證罪互爲功用。而期收得擔保證言確實之實際效果者也。證人具結。乃爲訊問證人之必要程式。即訊問程序之一部。故訊問機關命具結及證人實行具結等行爲。當於訊問程序內說明之。

乙 義務之強制。即刑事訴訟法於第一百十三條就此項義務。設有次述強制規定。

1 證人無正當理由拒絕具結者。除得命賠償因拒絕所需之費用外。科以一百元以下之罰鍰。其無力繳納罰鍰者。得以二元易科拘留一日。再行拒絕者。得再科罰鍰。但前後不得逾兩次。(一一三一) 此項可參照前到案義務之說明。

2 罰鍰及賠償費用之處分。偵查中由檢察官聲請該管法院。審判中由法院或受命推事裁定之。(一一三二) 亦可參照前到案義務之說明。

3 證人無正當理由拒絕具結者。除前述裁制外。並不得請求法定應得之費用。(一一四) 義務之免除。刑事訴訟法對於具有次述情形之一之證人。許其免除具結之義務。(一〇六)

1 具結能力不完全者。又有二種。

a 未滿十六歲者。

b 因精神障礙不解具結之意義及效果者。

上述之年齡及精神狀況均應以證言時為標準。非以認識證言內容之事實時為標準。

2 與本案犯罪有特別關係者。即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。所謂有共犯或該各罪之關係者。謂此關係已經成立。例如已經起訴或判定確定是也。惟在共犯關係。則須係在另案起訴。若在本案。則以其為共同被告。乃根本不得為證人。又所謂有共犯或該各罪之嫌疑者。謂僅有嫌疑而尚未確實成立也。但在共犯。尚得依第一百條拒絕證言。不僅免除具結義務已也。

3 與本案當事人有特別關係者。又有二種。

a 係被告第九十八條之關係人而不拒絕證言者。

b 於自訴程序係自訴人第九十八條之關係人者。

具結如前述。乃為訊問證人之必要程式。故未經法律免除具結義務者。如不命其具結。則訊問程序為違法。證人所謂證言。亦無證據之效力。以為裁判基礎者。其判決不免撤銷。

免除具結義務之證人。仍命其具結者。雖亦屬違法。但其證言仍屬完全有效。并不因受影響（註）又依免除規定不使其結而為證言。其證言之證據力。仍應依自由心證判斷之。非一概不足憑信。

註 日本新刑事訴訟法第二百一條第三項設有明文規定。

免除具結義務之情形。應由訊問機關於訊問前或訊問時依職權調查。不必待證人或當事人之主張。

(11) 證言之義務 (Aussagepflicht)

甲 義務之內容。即證人對於訊問機關。有爲陳述之義務也。至其陳述之內容及範圍。自應以所訊問者爲準。凡訊問機關。依法得爲之訊問。不問其係關於何種事實。證人均應據實陳述。知則答爲知。不知則答爲不知。若沈默不爲陳述。或其陳述有匿飾增減。均爲違背義務。如有故意並曾具結。即成立僞證罪。又此項義務與具結義務爲兩事。故免除具結義務者。不必即無證言之義務。且即得拒絕證言者。苟不拒絕。仍有爲證言之義務也。

乙 義務之強制。即刑事訴訟法。與具結義務。同於第一百三十三條。設有同一制裁之規定。且於第一百十四條。定明無正當理由拒絕證言者。不得請求法定應得之費用。均可參看前之說明。

丙 義務之免除。刑事訴訟法對於次述特定證人。許其免除證言之義務。即有拒絕證言之權利。惟該證人如不行使其權利。即不爲拒絕之陳述。仍有證言之義務。自不待言。

1 因與被告有特別關係者。又有三種。(九八)蓋以此等人仍強其爲證言。實與人情相反也。然此項關係。必須專就被告本人言之。僅與被告之代理人有此關係。則不得拒絕。又僅與他共同被告有此關係亦然。

a 爲被告之親屬者。其親屬關係消滅後亦同。此所謂親屬之範圍。刑事訴訟法第四條有規定。

b 爲被告之未婚配偶者。

c 爲被告之法定代理人、監督監護人、或保佐人者。

2 因從事特別業務之關係者。即醫師、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。因業務知悉之事實。有關他人之秘密者。得拒絕證言。但經本人承諾者。不在此限。(九九)此爲確保此等人業務上秘密所設之規定也。蓋因業務所知悉之秘密事實。若竟強其爲證言。則有損此等人之利益實大。故特予免除其義務。但經本人承諾之時。則仍不得拒絕。

3 因恐爲證言致受特別影響者。即證人恐因陳述致己身或其第九十八條之關係人受刑事追訴者。(一〇〇)此亦因強其爲證言。反於人情。故特予免除。所謂追訴。不僅指被偵查或起訴。即恐提起上訴或再審。亦可包含。

有上述拒絕之權利者。應向傳訊機關陳述拒絕之意思。陳述之時期。只須在爲證言以前均可。即於到案前爲之亦可。其於到案前爲之而係正當者。應解爲不到案有正當理由。又陳述之程式。法律別無規定。書狀言詞均可。惟應將拒絕之原因釋明之。但於上述3即第一百條之情形。得命具

結以代釋明。(一〇二)蓋以該項情形。強其釋明。亦頗困難故也。

拒絕證言之權利。乃得捨棄者。故該證人不拒絕證言者。訊問程序。仍屬合法。其證言仍完全有效。且此時除依法得免除具結義務者外。仍應具結。蓋以具結義務與證言義務係屬兩事故也。

#### 第四 訊問程序。

##### (一) 訊問前之程序。

甲 訊問機關使證人受訊問。原則應傳喚之。惟證人在場者。雖未經傳喚。得逕行訊問。(九三)

乙 傳喚證人。應用傳票。(八七)傳票除依第一百八十九條、第一百九十條規定外。應分別由檢察官、審判長、受命推事、受託推事、受託檢察官署名蓋章。(八八)其係命令書記官制作者。並應由書記官署名蓋章。其未由檢察官或推事署名者。應解為傳喚不合法。又傳票應記載左列事項。(八八)

##### I)

- 1 證人之姓名性別住址職業。
- 2 應命作證之案件。
- 3 應到之日時處所。
- 4 如無正當理由不到者。得命賠償因不到所需之費用外。科以五十元以下之罰鍰。并得命拘提。

5 發票之公署

上述1、3、5各項。如欠缺記載。應解爲傳喚不合法。4欠缺記載。應解爲不得加以該項制裁。餘可參照被告傳票之說明。

丙 傳票應送達之。除應急速處分者外。至遲應於到案日期二十四時前送達。(八九)故未依此程序。亦爲傳喚不合法。

丁 到案之證人。當場告以上次應到之日時處所。及第八十八條第四款記載之事項。並於筆錄內記載者。以已經送達傳票論。(九〇)此可參看被告傳喚之說明。

戊 傳喚證人。得命前往法院外指定之處所。又到案後遇有必要情形。得命證人偕往指定之處所。(九一、九二I)命前往而無正当理由。不前往者。即爲違背到案義務。其制裁已如前述。命偕往而無正当理由。拒絕偕往者。亦設有制裁現定。即得命拘提。(九二II)

(二) 訊問及其結。

甲 證人到案後。應即訊問。至遲不得逾到案之日。(一〇二)此不問其係被傳、抑被拘、或命在場、或前往、并偕往。凡於指定處所到場者。應即訊問。至遲不得逾下午十二時。

乙 證人有數人者。應分別訊問。其未經訊問者。不得在場。並禁止其談論案情。但遇有必要情形。得命



證人與他證人或被告對質。(一〇三)法律定明對於證人亦應個別訊問并禁止談論案情者亦為發見真實也。違背此程序者其訊問為無效。證言不得採用。又定明得與他證人或被告對質亦為發見真實。餘可參看被告訊問之說明。

丙 訊問證人應先調查其人有無錯誤。及與被告有無第九十八條之關係。證人與被告如有此項關係者。應告以有拒絕證言之權利。(一〇四)此規定開始訊問前之程序。即須先為該各項之調查。既未規定特別程式。自得依實際便利之方法為之。通常仍係詢問其姓名、年齡、職業、住所等。再如查明到案者。非其所傳喚之人。自不得進行訊問。又查明有第九十八條各關係。則應告之有拒絕證言之權利。訊問證人。未首為人之調查。則其訊問程式為違法。又第九十八條之關係。與具結義務有關。自亦應調查。惟怠於為此調查。亦未告知拒絕證言之權利時。只須已經具結。其證言仍屬有效。

丁 證人除依特別規定。許其免除具結義務者外。應命具結。(一〇五)所謂特別規定。即第一百零六條之規定是也。證人就同一事項。已到案受訊一次而具結者。再次受訊。亦可不命具結。餘參照前具結義務之說明。

戊 訊問證人。於使其就待證事實為陳述之先。應告以具結之義務及偽證之處罰。但不得命其具結之證人。應告以當據實陳述。不得匿飾增減。(一〇七)此蓋為期證人為真實證言。定為應於為本案

之訊問前。分別爲各項告知。怠於爲此告知。亦屬違法。

己 證人之具結。應於告以其結之義務及偽證之處罰後行之。但應否具結有疑義者。得命於陳述完畢後行之。又其結應於結文內記載當據實陳述決無匿飾增減等語。但於陳述完畢後具結者。應記載係據實陳述並無匿飾增減等語。且此項結文。應由書記官朗讀之。於必要時並應說明其意義。爲此程序後。再命證人署名或捺指紋。(一〇八、一〇九)此即使證人具結之程式。未依此程式。自屬違法。至結文主體。乃爲證人。自不待言。

庚 訊問證人。應命其就所訊問事項之始末連續陳述。證人陳述後。爲使其陳述臻於明確或爲判斷其真偽起見。應爲必要之訊問。又訊問證人。非有必要情形。不得爲下列之訊問。即(一)與本案無關者。(二)恐證言與證人或其第九十八條之關係人之名譽、信用、或財產有損害者。(二一〇、二一一)此規定就本案訊問之方法及範圍。要爲訓示規定。違背之時。亦非違法。惟逾越所定之範圍者。證人自無陳述之義務。

辛 訊問證人。不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺及其他不正之方法。(二一二)此不僅訓示規定。如違背之時。自屬違法。其訊問程序應爲無效。證言亦不得採用。

(三) 審判中訊問證人者。無論其爲法院、或受命推事、受託推事。均應命書記官在場。(參照二七〇、二七〇、二七〇)

在偵查中爲之者。原則亦應命書記官在場。惟有急迫情形者。檢察官得親自執行書設官應行之職務。  
(二一四)

(四) 審判中由法院訊問證人者。應使檢察官、或自訴人或其代理人、及被告或其代理人、并辯護人、輔佐人、在場。並詰問或覆問。(參照二七〇、二七二、二八六等)并以後審判之說明。但審判長預料證人於被告前不能自由陳述者。得命被告退庭。再行訊問。但陳述完畢後。應再命被告入庭。告以陳述之要旨。(一九)參照以後審判之說明。但由受命推事、受託推事訊問證人者。自毋庸使當事人及其他關係人在場。又在偵查中訊問證人者。以偵查應行審行。自不應使被告並其他訴訟關係人在場。

(五) 證人在偵查或審判中曾依法定程序訊問。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。(一一六)此爲期案件迅速終結。並免證人拖累。所設之訓示規定也。只須證人就同一事項。一次受訊。而其程序合法。其陳述亦無疑義。即不得再行傳喚。但有特定事項應行訊問者。自仍得傳喚。又法院爲發見真實。雖就證人已經陳述之事項。再行傳喚。亦合於直接審理主義。要亦不得謂其違法。

#### 第五 證人之費用請求權。

證人得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。(一一四)此項權

利。乃訴訟法即公法上之權利。係向訊問機關請求之。自應由國庫支給。又此所謂法定應得之費用。即指修正訴訟費用規則第十五條所規定之費用而言。即到庭費每次五角。因就訊滯留一日以上者。到庭費外。更給以每日滯留費五角。在途旅費。應按實數計算。

### 第六節 訊問筆錄。

訊問證人。應作筆錄。由書記官在場者。則由書記官制作之。偵查中未由書記官在場者。則由該檢察官自行制作之。(一一五、一八八、二四一)該日期。如僅有訊問證人程序者。則可單作訊問證人筆錄。如尙有其他審判或調查程序者。則可包含於審判筆錄或其他偵查筆錄之內。(參照三三二、二五七)

筆錄應記載下列事項。即(一)訊問及證人之陳述。(二)證人不具結者。不具結之事由。此即指第一百零六條所列各款之情形也。(三)訊問之年月日及處所。(一一五)

記載上述訊問及證人之陳述。不僅應記載問答之言詞。如訊問者曾命爲其他行爲者。亦應記載。例如以證書上所載之代筆人爲證人者。爲核對筆跡。曾命證人當庭寫字時。此項事由亦應記載之。尤如證人爲證言時之舉動感情。例如遲疑、惶恐、憂愁、感歎等狀態。亦足以影響心證。宜記載之。且記載證人陳述。應用第一人稱。不應用第三人稱。並宜按其陳述之順序而記載之。其係連續陳述者。尤宜連續記載。惟其陳述並非概應詳記。固得記敘要旨。尤於審判筆錄爲然。(參照三三二、一六)總之。記敘其陳述。以關於待證事項

所必要者爲限。若與本案無關或涉於煩瑣者，自應省略並摘要記載之。

筆錄應命書記官朗讀，並詢以記載有無錯誤。（一一五II前段）其係由檢察官自行書記官職務者，應自向證人朗讀，又證人請求將記載更正者，應將其更正之陳述一併記載。（一一五II後段）

筆錄應由訊問之檢察官或推事署名蓋章，並命證人於其陳述記載末行後署名或捺指紋。（一一五III）其由書記官制作者，自應並由書記官署名蓋章。（一八九）但如爲審判筆錄，關於署名蓋章，另有第三十三條之規定。

筆錄除上述各規定外，尚應適用第一百八十九條、第一百九十條之規定。

上述各項，可參看被告訊問筆錄之說明。

### 第七 證言之證據力

（一）證人證言之證據力如何，即其就待證事實所爲之陳述，能否證明該事實，應由法院自由判斷之。

（二）（三）即應依自由心證之原則。凡該證人之品行、地位、知識、經驗，以及其對於被告及被害人並案件之關係如何，並有無具結等，均應行審核。次述標準，尤應特加注意。

甲 證言與待證事實之關係。

此亦可謂爲證言之形式證據力（*prima facie*）而爲判斷證言第一步應注意之事項。苟證人所陳述之觀察

結果即認識。與待證事實並無何等關係。則該陳述根本即不生採否之問題。

甲註 通說關於證言之證據力不分爲形式與實質。即此點亦以爲關於實質效力之一種。

### 乙 證言與心證之關係。

此亦可謂爲證言之實質證據力。證人所陳述之認識。雖與待證事實有關係。而能否促成法院之自由心證。使其採用。又應依左列標準決定之。

#### 1 認識是否正確。

當時觀察之結果。即其所得之認識。根本即不正確時。自無採用之價值。自一般言之。證人苟原爲欠缺意思能力者。或經歷該事實之當時。未用相當之注意者。其認識自不正確。故精神病人、幼年人、當時酒醉人之證言。其信憑力通常自較薄弱。

#### 2 陳述是否真實。

證人雖得認其得爲正確之認識。但現時所爲陳述是否真實。亦應注意。苟爲不真實之陳述。自亦無信憑力可言。何謂不真實之陳述。即現時所陳述者。與原來所認識者。不相符合。或甚爲模糊之謂也。其中有出於故意者。有出於過失者。有因於時間過久者。關於第一種原因。法律設有防制方法。即具結與偽證罪之規定是也。

(二) 傳聞證言。即證人所陳述之事實。僅係聞之他人。而非自己直接所經歷者。其證據力如何。歷來立法例及學說雖不一致。余見此項證言。亦得認其有證據力。不過單純之風說浮言。茫無根據者。自不足採用。

(三) 證人之本質。固如前述。在陳述過去經歷某事實之認識。但亦有並陳述其意見或判斷者。又該項意見或判斷。亦有僅爲單純之推測者。亦有本於特別之智識、技能、或經驗者。亦有須本於現在之新事實者。試舉例說明之。如甲證稱常見乙與丙妻調笑。疑其有姦。又甲證稱於丙被殺前。曾聞乙言深恨丙。誓必殺之。疑丙係乙殺。此陳述經歷之事實時。並陳述其本於該事實所推測之意見或判斷也。(註一)

又如甲爲醫生。證稱曾親驗乙之屍體。知爲毒殺。又甲爲某種商人。證稱乙託丙購買某貨。因價值發生爭執。經伊調查估價。斷定實有虛報若干。此陳述其所經歷之事實時。並陳述其本於特別智識或經驗所得之判斷也。此種證人。學說上稱曰鑑定證人。仍爲一種證人。故應適用訊問證人程序之規定。(註二)

又如甲證稱行兇當時曾親見其人。現尙能憶其面貌。及見被告。指稱即係其人。又甲證稱曾親見乙將某種藥使丙服食。現尙能憶其顏色。及示以某種毒藥。指稱其所見者與該藥同色。此係將過去經歷之事實。與現在經歷之事實相結合。而報告其所得之認識也。關於現在認識之陳述。亦係證言性質。得認其有證據力。

註一 證人得供述依實驗事實所推測之事項。日本新刑事訴訟法第二百零六條第一項有明文。

註二 鑑定證人應以爲鑑定人訊問。抑應以爲證人訊問。學者間尙有議論。民事訴訟條例第三百九十八條以明文規定。應適用關於證人之規定。日本新刑事訴訟法第二百零六條第二項亦定明供述依實驗事實所推測之事項。雖屬於鑑定。亦有證言之效力。

(四) 訊問證人筆錄與證言之關係如何。分別論之如次。

甲 筆錄不過爲保存並認證證言之方法。故法院自行訊問者。其爲自由心證。乃係就親自所聽取者爲之。非就筆錄所記載者爲之。故得爲次述結論。

1 依證言以爲裁判。不必在筆錄作成之後。即於訊問當日終結辯論並諭知裁判。亦非違法。

2 判決所載之證言。與筆錄所載。即有不符。如係該法院自行訊問者。亦不過發生二者孰爲真實之問題。故第一審或第二審判決有此情形者。如經第二審或第三審查明係筆錄錯誤。判決書所載爲真實者。該判決仍不應撤銷。(註)

註 通說均主張判決所載證言與筆錄所載不符者。應以筆錄爲準。該判決應行撤銷。余謂刑事訴訟法第三百三十四條雖載明審判中之訴訟程序。專以審判筆錄爲證。但在訊問證人。應解爲係就該訊問程序之有無。並是否遵守程式而言。(參照民訴條例二五九)與證言之內容無



涉。此項筆錄。雖會同證人朗讀。未經請求更正並經署名（一一五）但實屬筆錄錯誤之時。故第一審判決有不符之情形者。第二審如再傳訊證人。仍為與該判決所載相同之供述者。毋庸以此理由。予以撤銷。自不待言。即在第二審判決有此情形。第三審法院亦得依刑事訴訟法第四百零六條第一項。自行傳訊或囑託傳訊該證人。以調查其曾否為判決所載之供述。如屬相符。自亦不應撤銷。

乙 證人由他機關訊問者。筆錄所載證人之供述。仍為證言之性質。故法院依該項供述以認定事實時。仍係採用證言。非採用證書（註）不過筆錄本身。究為證據文件。即證書之性質。故法院非親自訊問證人者。應將記載該項供述之筆錄。於審判程序宣示。即仍依書證程序辦理。分述之如次。

1 由受命推事。受託推事訊問者。應依第二百八十五條辦理。

2 在偵查時訊問者。如係依第一百十六條不得再行傳喚。或因死亡。疾病。及其他事故不能再行訊問者。應命將偵查時訊問之筆錄。當庭宣讀（二九二丁）其由司法警察官訊問者。亦應同一解釋。

3 由下級法院訊問。而已無再行訊問之必要者（參照一一六及舊刑訴條例三九五）亦應依第二百八十五條辦理。

註 通說謂證人非自行訊問者。其筆錄所載供述爲證書。余謂此項筆錄。雖應如一般證書。應行宣讀。但其所載內容即證言。並不因是變更其性質。否則同一證人所爲供述。法院親自訊問者。則爲證言。非親自訊問者。則爲證書。不免理論抵觸也。

(五) 證人於民事案件、行政案件、軍事案件、或他刑事案件所爲之供述。對於本案之證據力如何。應解爲記載該項供述之文書。在本案僅屬證書。除該證人因死亡、疾病、或其他事故不能再行訊問者外。在本案仍應傳訊。

(六) 訴訟程序與證言效力之關係如何。應分別論之。

甲 訊問證人程序本身違法而致無效。或該訊問程序爲他訴訟程序之一部。因全體違法而致該程序亦無效者。所爲證言。亦無效力。

乙 訊問證人程序。係與他訴訟程序分離。僅他程序違法無效。例如訊問證人在前。僅以後之更新程序(二七六、三〇六)無效。或囑託訊問在前。僅以後之偵查或審判程序無效者。該項證言。仍屬有效。

丙 僅訊問證人之前提程序違法無效者。例如僅證據裁定或囑託行爲無效。而其實施程序即訊問程序並不違法之時。所爲證言。亦屬有效。

丁 因管轄錯誤而移送管轄檢察官或法院者。(三三二、三一九)證人於以前程序所爲證言。仍有效。

力。

戊 有不起訴之處分。或無罪、免訴、不受理之判決者。除訊問證人程序係違法無效者外。在以前程序所為證言。於本案仍有證言效力。於他案亦有證書效力。

己 證人雖因本案之證言已於他案確定判決為偽證罪。但該證言在本案仍有形式證據力。即其實質證據力。仍得依自由心證判斷之。

庚 證人於本案以外之犯罪亦有供述者。應解為無證言之效力。蓋以與在本案所訊問者無關故也。但如該犯罪與本案犯罪有共犯或繼續犯并牽連案件之關係者。則仍有證言之效力。

辛 共犯於未發覺前具結為證言者。有無證言之效力。學者中頗有議論。余謂該共犯既未為共同被告。其具結雖與免除具結義務之規定有違。究屬有效。(參照一〇六三及具結義務之說明)

#### 第四節 鑑定人及通譯

##### 第一款 鑑定人

第一 鑑定人之意義。

鑑定人 (Gachverständiger) 者。有鑑定智能或鑑定職務者。經特定機關命其於訴訟程序就事實或法律為實驗。而陳述其所得之判斷之人也。其性質乃與證人相類似。即同為由特定機關即檢察官、法院、受命

推事、受託推事、命爲某項陳述之第三人（註）故刑事訴訟法第一百十七條。定明除本章有特別規定外。準用關於證人之規定。故前節關於證人之說明。於本節亦可適用。茲除關於鑑定人特別規定。另於後段分述外。本段僅述鑑定人與證人性質之差點如次。

註 學者中亦有謂鑑定人爲法院之輔助機關者。但鑑定人所爲鑑定。乃與證人所爲證言。同爲證據。仍須由法院依自由心證以判斷之。並不能補充法院之判斷。故鑑定人應解爲與證人同爲證據方法。即完全第三人之性質。而非法院之輔助機關。

（一） 證人只須爲經歷待證事實之人。以外別無資格及能力之限制。鑑定人則對於待證事實。並不須已經經歷。但須就該事實有鑑定智能或鑑定職務。且另設有拒却之規定。（參照一一八、一一九及鑑定人資格之說明）

（二） 證人僅係就事實爲陳述。鑑定人則係就事實及法律爲陳述。自事實言之。其得依通常經驗上法則爲判斷者。應由該管機關自行判斷。不得命行鑑定。得命鑑定者。只以須特別之經驗上法則者爲限。又自法律言之。普通法令之存在及意義。亦應自該管機關自行闡明。不得命行鑑定。推關於習慣法、自治法、及外國法令之存在及意義。始得命行鑑定。（參照訴訟資料之說明）

（三） 證人原則係就過去所經歷之事實爲陳述。即令例外得就現時現於訴訟程序之事實爲陳述。亦

應與其以前所經歷之事實綜合爲之。鑑定人則原則係就現時現於訴訟程序之事實或法律爲陳述。且通常須就該事實或法律現時實驗。

(四) 證人係陳述關於事實之認識。即觀察之結果。鑑定人係陳述關於事實及法律之判斷。即推論之意見。自廣義言之。判斷固亦爲認識之一種。但一則爲五官之直覺。一則爲推理之作用。蓋所謂鑑定 (Experts) 云者。乃鑑定人以其特別智能爲大前提。以現在訴訟上所供給之材料。即事實或法律爲小前提。而提出其所推斷之結論於該管機關也。鑑定人雖亦有僅須抽象陳述其關於某事實或法律之一般意見者。例如陳述一般醫學上、物理上、化學上、工業上之原則。某地方之民商事習慣或習慣法。某商場某物之時價。某外國之習慣法令等是也。此際之意見。固純爲認識。但在鑑定。究爲例外。通常所謂鑑定。均係鑑定人於訴訟程序。具體就某事實或法律現時實驗。本其特別智能以下判斷。將該判斷意見貢獻於該管機關。鑑定與證言根本差異之點。亦即在此。

## 第二 鑑定人之資格

鑑定人之資格。非如證人。限於特定之人。但有次述特別規定。

(一) 鑑定人應由該管機關選任左列之人充任之。(一八) 非此項人而選任之。命其鑑定。乃爲違法。不能有鑑定之效力。

甲 有學識經驗者。此即指具有該項鑑定所需之特別智能者。此項智能。不問其係因於學識。即因從事或研究該項學術或技藝。如學者、教員、技師等。抑係因於經驗。即因從事該項職業。如醫生、商人、工匠等。均可。鑑定人固應以自然人充之。但先囑託特定機關或團體如大學院、醫院、商會等推薦。再行選任。亦屬合法。

乙 經公署委任而有鑑定職務者。即關於特種鑑定。經公署委任為其職務者。如檢驗吏及法院所委派或指定之固定法醫是。此項人員。自亦應具有該項鑑定所需之特別智能。但既經公署委任。執行該項鑑定職務。則不問其智能如何。命其鑑定。不得謂其違法。

(二) 當事人得依聲請推事迴避之原因。拒却鑑定人。但不得以鑑定人於該案件曾為證人或鑑定人為拒却之原因。(一一九I)即當事人對於該管機關選任之命令。雖不得聲明不服。但得聲明拒却。其拒却原因。係準用第二十六條聲請推事迴避之原因。惟第二十四條第六款應除外而已。當事人於鑑定人已就鑑定事項有所陳述或已提出報告後。不得聲明拒却。但拒却之原因。發生在後。或為當事人所未知者。不在此限。此亦與第二十七條第二項之法意相同。(一一九II)聲明拒却鑑定人。應將拒却原因及前條第二項但書之事實釋明之。(一二〇I)即聲明拒却。除依本項所定之程式外。別無其他程式。書狀、言詞為之均可。至須向次述核定機關即檢察官、審判長、受命推

事、受託推事爲之。自不待言。

前述聲明。偵查中由檢察官核定之。審判中由審判長或受命推事裁定之。(一一〇II)又因係受託推事選任而向之聲明者。應由該推事裁定。亦屬當然。此項核定或裁定。不問其准駁。既於第四百二十八條及第四百二十七條第一項未經定入。自均不得適用該項規定。聲請該管法院撤銷或變更。但爲審判長或受命推事所爲者。自仍得適用第二百九十九條。許其聲明異議。(參照民訴條例三九二II但書)

### 第三 鑑定人之義務。

鑑定人之義務。有到案之義務。具結之義務。鑑定之義務三種。分述之如左。

(一) 到案之義務。此其性質、內容、及其強制、并免除原因。均與證人同。惟有一特別規定。即違背此義務者。不得拘提及將罰鍰易科拘留。(一一八II)其制裁較之證人爲輕者。蓋因鑑定人並不限於同一人始得充任也。

(二) 具結之義務。此其性質及其強制並免除原因。亦與證人同。惟其內容應於結文內記載。必本其所知爲公正之鑑定等語。(一二二II)又其時期。應於鑑定前爲之。(一二二I)鑑定只能期其公正。不能期其必爲真實。故其具結內容。不能與證人同。又應否具結。本不至發生疑義。故應於鑑定前爲之也。

(11) 鑑定之義務。(Sachverständigenpflicht) 即鑑定人應就該管機關所命行鑑定之事項。(即事實或法律) 於實施實驗後將其鑑定之經過及結果向該管機關報告。此項報告固得以書狀爲之。但遇有必要時應以言詞說明之。此即鑑定人鑑定義務之內容也。(參照一三三三) 至此項義務之強制及其免除原因亦與證人同。惟鑑定須本於特別智能。若未具鑑定所需之智能者。性質上自得解爲得拒絕鑑定。故在證人不知待證事實者亦不得拒絕陳述。不過應答爲不知。此項陳述亦爲證言。且可謂已盡證言之義務。若在鑑定人就鑑定事項無鑑定智識者。即得爲拒絕鑑定之原因。所爲不知之陳述並不能認爲鑑定。

#### 第四 鑑定程序。

(一) 鑑定人應由該管機關選任。並定其人數。(參照一一八一) 其人選及人數。無論係依當事人聲請或依職權。均由該管機關依其意見決定。此項決定。如在應爲證據裁定者。即於該裁定內爲之。又選任之撤銷及人數之增減。亦得由該管機關依其意見爲之。又關於選任及人數。並其撤銷變更。均不得依第四百二十七條第一項及第四百二十八條聲明不服。惟對於審判長或受命推事所爲者。得依第二百九十九條聲明異議而已。至選定之人。如有拒却原因者。得聲明拒却。已於前述。

(二) 選任後應爲傳喚。其程序與證人同。



(三) 具結程序亦與證人同。至其內容及時期已於前述。

(四) 關於實施鑑定。刑事訴訟法於第一百二十二條、第一百二十五條設有規定。即鑑定人得檢閱卷宗及證據物件。並得請求訊問自訴人、被告或證人。並許其在場及親自發問。鑑定被告之心神狀況有  
必要時。得依鑑定人之聲請。預定期限。命將被告送入醫院或其他適當之處所。但其期限。於同一案件  
不得逾一月。此項處分。偵查中由檢察官聲請該管法院。審判中由法院或受命推事裁定之。鑑定人於  
期限未滿前認鑑定已有結果者。應即報告。此蓋為鑑定首須有資料。故第一百二十二條規定其蒐集  
資料之方法。又鑑定被告之心神狀況。多須於適當處所為調查。故第一百二十五條又規定此程序。

(五) 關於鑑定之報告。刑事訴訟法於第一百二十三條設有規定。即鑑定之經過及其結果。應命鑑定  
人報告。鑑定人有數人時。得使其共同報告之。但意見不同者。應將各意見及其理由一併報告。以書狀  
報告者。遇有必要時。得使其以言詞說明之。此項報告。即為鑑定之內容。其經過及結果。均應報告。但用  
言詞或書狀。除原已有命令者外。可由鑑定人酌定之。通常自係以書狀為之。此稱曰鑑定書。此時仍得  
命以言詞說明。鑑定人有數人時。或使各別報告。或使共同報告。可任意命令之。惟意見不同時。則不問  
有無命令。均應各別報告其意見及理由。

(六) 鑑定不完備者。刑事訴訟法於第一百二十四條設有規定。即得命增加人數或命他人繼續或另

行鑑定之。凡認為鑑定報告不完備。該管公務員即得斟酌情形。分別為該各項命令。

(七) 鑑定人之訊問程序及訊問筆錄。與證人同。

(八) 鑑定人費用請求權。亦與證人同。

第五 鑑定之證據力。

此亦與證言同其性質。

### 第一款 通譯

通譯(Dolmetscher)有二種。(一)繙譯語言者。即訴訟關係人不通中國語言或不通檢察官及推事所用中國語言。或檢察官、推事不通訴訟關係人所用中國語言者。應用繙譯。(參照民訴條例二五〇I法編法七〇I II)又訴訟關係人為聾人或啞人。欲使其陳述者。亦得用通譯。(參照民訴條例二五〇II)(二)繙譯文字者。即外國文字或代文字之符號。亦得用通譯。

此所謂通譯。乃專指刑事訴訟法第一百二十六條所稱之通譯而言。即為該管機關臨時選任者。若依法院編制法第四十二條及東省特別區域法院繙譯官條例所置之繙譯官。則與書記官同其性質。僅應適用第三十三條。不應適用第一百二十六條。(參照迴避之說明)

通譯之性質。雖與鑑定人微有不同。即一則全為證據方法。一則係輔助檢察官及法院者。並非其行為足供

證明之用。但通譯與鑑定人。均係藉其依特別智能所得之結果。供給於檢察官或法院。關於此點。二者大相類似。故刑事訴訟法於第一百二十六條規定準用鑑定人之規定。

## 第五節 勘驗

### 第一節 勘驗之意義。

勘驗(Augenschein)者。特定機關以五官之作用。認識事物之現象。以爲調查證據之手段也。(註)分述之如次。

註 勘驗舊民刑事訴訟律稱曰檢證。審判上用語。亦多從之。民事訴訟條例及舊刑事訴訟條例始改爲現稱。

(一) 勘驗爲調查證據程序。前述之證人、鑑定人。均僅爲證據方法。其調查證據程序乃爲訊問證人或鑑定人。此程序學術上稱曰人證或鑑定。又後述之證書。亦爲證據方法。其爲訴訟資料。亦尚須有調查證據程序。此程序學術上稱曰書證。若勘驗。則與此數者異。其本身即爲調查證據程序。此程序之證據方法。則另稱曰勘驗標的。勘驗因其爲調查證據程序。故必由有權機關於訴訟程序行之。雖係充此機關之人。若僅於訴訟外以五官作用認識事物之現象者。欲以供證明之用。只得更依人證之手段。不得逕認其行爲爲勘驗。而利用之以爲訴訟資料。

(二) 勘驗乃就事物之現象行之。此項事物。稱曰勘驗標的。(註)凡因調查證據。以五官作用所得認識之事物。均得為勘驗之標的。申言之。即勘驗因察看證據及其他犯罪情形之必要。對於一切事物。均得行之。並不以民法上及物理上之物為限。故除有體物(即民法上之物包含動產不動產二者)外。無體物(即物理上之物)及人之行為。動作。並精神狀態。均包括之。總之。凡事物現於外界或內界之形象。均足為勘驗之客體。因其僅以事物之現象。即事物之存在及狀態為限。故勘驗之標的為文書者。雖與書證之標的相同。但書證係以思考之作用。認識文書之內容。勘驗則係以五官之作用。認識文書之存在或狀態。二者之功用。既不相同。二者之程序。亦不可相混。

註 勘驗標的舊稱檢證標的物。或檢證物。民事訴訟條例改稱勘驗之標的物。或單稱曰標的物。(民事訴訟條例四三一、四三三)然為勘驗之客體者。並不以物為限。故茲僅稱曰勘驗標的。

(三) 勘驗乃以五官認識事物之現象。通常固係依視覺。但亦有依聽覺。觸覺。味覺。嗅覺者。用此官能。固必先經實驗。故學者亦有謂勘驗即係審判官以五官直接實驗者。(註)但實驗不過為勘驗之手段。其目的仍在就該事物現象。獲得明瞭之認識。此項認識。乃係該管官員於訴訟程序為之。故與證人就事物現象為認識。有所不同。又為認識時。固亦有須為判斷者。例如檢視被害人之傷害程度。或被告之精神狀況。尚須相當之思考判斷者是。惟此際仍係就該現象依五官直覺。並非依特別智能就實驗結果。

以下判斷。故勘驗於此點又與鑑定不同。又勘驗恆有須連同搜索、扣押爲之者。故法國刑事訴訟法、及日本舊刑事訴訟法、并我國舊刑事訴訟律、將三者規定於同一條文。然勘驗乃爲調查證據。搜索及扣押。則僅爲其實施前之準備處分。或實施後之保存處分。性質各異。故刑事訴訟法從舊刑事訴訟條例。將勘驗與搜索、扣押分別規定之。

註 日本明治四〇年大審院判例就勘驗所下定義亦稱係「該管官吏因發見事實之必要。依五感之官能。就犯所或其他處所並其他一切物件等爲實驗。」

## 第二 勘驗之機關。

得行勘驗之機關。刑事訴訟法第一百五十六條第二項有明文規定。即偵查中爲檢察官。審判中爲法院。或受命推事。又受託推事。應解爲有此權限。司法警察官及司法警察。依刑事訴訟法第二百三十三條第二款及第二百三十四條。亦應解爲有此權限。(註)

註 檢察廳調度司法警察章程。就司法警察檢驗屍傷。設有明文。

## 第三 勘驗程序。

(一) 施行勘驗之處所。應依其必要而定。即由法院勘驗。亦不必於法庭行之。於法庭外爲勘驗者。舊稱臨檢。刑事訴訟法所稱履勘。義與此同。

(二) 施行勘驗之標的及手段。應解爲凡因達此目的所必要者。得無限制行之。申言之。則不問其標的爲處所、人身、屍體、抑物件。若係於察看證據及其他犯罪情形所必需者。均得實施。(一五六丁)即對於標的有權利者。亦得排除其權利行之。又人身亦不以被告及被害人之身體爲限。即對於以外之第三人之身體。亦得爲之。故勘驗係與扣押及搜索同爲強制處分。就勘驗標的有權利之人。雖無自動提供勘驗之積極義務。究有被動忍受勘驗之消極義務。

(三) 刑事訴訟法第一百五十七條。就實施勘驗之標的及手段。設有次述例示規定。

甲 履勘犯所或其他與案情有關係之處所。此爲施行勘驗程序中之最普通者。故首爲例示。

乙 檢查被告或被害人之身體。身體權本應特爲尊重。恐就此發生疑義。故特爲定明得檢查被告或被害人之身體。但必須係因於察看證據及其他犯罪情形所必要者。始得爲之。自不待言。

丙 檢驗屍體。此就殺人罪或傷害致死罪通常應行之勘驗程序。故特爲定明。

丁 解剖屍體。此就屍體內部所行之勘驗程序。恐生疑義。故特爲標明。

戊 檢查與案情有關係之物件。此亦最普通之勘驗程序。若係於審判中爲之者。尙應依第二百八十四條辦理。即不僅勘驗機關自行檢查已足。並須將物件示之被告。命其辨認。並詢其有無辯解。若不履行此程序。而將其勘驗所得結果採爲判決基礎。即爲違法。

(四) 實施勘驗之手段。雖以無限制為原則。但有次述特則。

甲 檢查婦女身體。應命醫師或婦女行之。(一五九)此因風俗關係也。

乙 檢驗或解剖屍體。應先查明屍體有無錯誤。(一六〇I)故必查明確係應施勘驗之屍體。始得命檢驗或解剖。此查明程式。法律未為限定。自得以適當之方法行之。通常自係使屍親或其他關係人指明。

丙 檢驗屍體。應同醫師或檢驗吏行之。(一六〇II)蓋以此等人始有檢驗之知識也。若不偕同行之。自屬違法。

丁 解剖屍體。應命醫師行之。(一六〇III)蓋以僅醫師始有此知識也。若不便醫師行解剖。自亦屬違法。

戊 實施勘驗前或實施勘驗後。須為搜索或扣押者。自應適用關於搜索、扣押之限制規定。

(五) 勘驗應否儘其現狀實驗之。解釋上不無疑義。分述之如次。

甲 關於屍體。刑事訴訟法設有明文。即為檢驗或解剖屍體起見。得將屍體或其一部暫行留存。並得開箱及發掘墓墳。(一六一)

乙 對於其他標的。是否得破壞其現狀以為實驗。例如將物件拆封、毀損、分割、化驗等。使其現狀變更。

或消滅。又如對於人身使其解開傷口。或為內部之檢查等。是否可行。學者中固有議論。應解為凡於勘驗目的所必要者。均得行之。

(六) 勘驗於審判中為之者。書記官在場為必要條件。(參照二七〇Ⅲ)於偵查中為之者。原則亦應由書記官在場。(二四一)

(七) 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。(一五八)使前之各人在場者。蓋為使其得分別獲得攻擊、防禦、或辯護之材料也。應解為此等人在場。一面亦為其權利。非有必要情形。不得禁止之。又使後之各人前往者。蓋為得當場為證言或鑑定也。拒絕前往。亦為違背義務。

(八) 檢驗或解剖屍體時。得命死者親屬在場。(一六二)蓋依舊俗。應許其有在場之權利也。故非有必要。不得禁止之。

(九) 勘驗應作筆錄。記明實施之年月日、處所、及其他必要之事項。(一六三丁)並應由勘驗之檢察官或推事署名蓋章。(一六三Ⅱ)此項筆錄。稱曰勘驗筆錄。其於審判中為之者。並有第三百三十三條及第三百三十四條之適用。又勘驗得製作圖畫。附於筆錄。(一六四)圖畫內所記載之事項。與記載筆錄者。有同一之效力。(三三五)

#### 第四 勘驗之證據力。



勘驗之證據力者。實施勘驗所得結果之證據上價值也。此固應由法院依自由心證判斷之。但若勘驗標的。與待證事實。並無關係。或並非真正。則無形式之證據力。自無實質之證據力。又實施勘驗之程序。因違法而致無效。則勘驗之結果。自亦不得採用。又實施勘驗程序。應原以筆錄證明。苟筆錄違法而致無效。採用勘驗結果之判決。自亦不免撤銷。惟蒐集勘驗標的之前提程序違法。如搜索、扣押等程序。雖屬違法。而審判時苟已履行第二百八十四條之程序。則勘驗之結果。仍可採用。蓋勘驗乃以事物狀態為認定事實之資料。與其蒐集之程序無關故也。

## 第六節 證書

### 第一 證書之意義

證書 (Document) 者。於訴訟程序。以其所包含之內容。證明特定事實之文書也。分述之如次。

#### (一) 證書為文書。

文書者。以文字或代文字之符號。記載思想之物件也。凡為證據之有體物。刑事訴訟法固均稱曰證據物件。(參照一二七I、二二九I、二五八I、二八四、三三一、三七八I等)但為證書之文書。與其他之證據物件不同者。即在該物件係以文字或代文字之符號。(如注音字母、電報碼、速記符號、盲人符號)記載吾人之思想。故非以文字或代文字之符號記載之物件。如繪畫、像片等。又雖係以文字或代

文字之符號記載。而非表示思想之物件。如字帖、古鐘鼎文等。均不得爲證書。又只須係以文字或代文字之符號記載人類思想。至其物體。可以不問。紙張、布片、竹木、金石、皮革均可。記載方法。亦可以不問。書寫、印刷、打出、攝照、彫刻均可。又其形式及是否親自制作。亦可以不問。雖係他人代作。並略式之入摺券、乘車券、乘船券等。亦可爲文書也。

(二) 證書乃以其所包含之內容。供證明之文書。

以文書供證明之情形。亦有兩種。以其外形即其存在或狀況供證明之用者。乃爲勘驗標的。以其內容即其所記載之思想供證明之用者。始爲證書。故同一文書。因其利用之方法不同。或爲勘驗標的。或爲證書。或並爲勘驗標的及證書均可。

(三) 證書乃於訴訟程序。證明特定事實之文書。

自廣義言之。於訴訟外證明某事實之文書。固亦可稱爲證書。但通常所謂證書。乃專指於訴訟程序實行證明某事實之文書而言。

## 第二 證書之種類。

(一) 處分證書與報告證書。

處分證書 ( Dispositivurkunde oder erklärende urkunde ) 者。所記載之事項。係關於某人之意思表示。

示或其他陳述之文書也。又稱曰表示證書。例如誣告罪之虛偽告訴發狀。偽造私文書罪之偽造文書。妨害業務信用罪之散布印刷品等是也。法院就此等證書得直接觀察以得自由心證。故又稱曰勸諭證書。

報告證書 (berichtende oder referierende urkunde) 者。所記載之事項。關於某人報告其經歷某事實之結果之文書也。有為公務員制作者。又有二種。有於訴訟上制作者。例如各種筆錄。送達證書是。有於訴訟外制作者。例如登錄簿繕本。他案裁判書繕本是。亦有為非公務員制作者。亦有於訴訟上制作者。與訴訟外制作者二種。前者如告訴狀。鑑定書是。後者如商業賬簿。日記。信函等是。此項證書不能直接證明應證事實。僅足由其內容間接證明之。

### (一) 公證書與私證書

公證書又稱公正證書 (Actes authentiques) 即公務員以其公務員資格所制作之文書也。此類文書其制作之權限及程式。法令類有規定。故雖以其公務員之資格制作。而非在其職權之內。或未依法定程式者。亦無公證書之效力。非公證書之文書。即私證書。又稱私署證書 (Actes Privés) 公證書與私證書之效力。在民事訴訟。大有區別。(參照民訴條例四〇〇) 在刑事訴訟。則關於其效力。同應適用自由心證主義。

公證書及私證書。又可因制作文書之關係。而分爲原本、正本、繕本、節本。此其意義已於前述之矣。

(二) 編入卷宗之證書與未編入卷宗之證書。

證書編入卷宗者。則爲卷宗之一部。其中最重要者。爲各種筆錄。(protokoll) 證書非應由法院保存者。則不應編入卷宗。此種文書。如存案者。刑事訴訟法稱曰證據物件。此已於前述之矣。二者調查程序之不同。觀次項所述自明。

第三 證書之調查。

調查證書之程序。稱曰書證。(Urkunde beweis) 民事訴訟條例用此名稱。與勘驗並同規定。均爲關於物證之調查程序。但刑事訴訟法關於證書調查程序。未特設通則之規定。僅於審判程序。設有規定。即第二百八十四條、第二百八十五條、第二百七十九條、第二百八十九條、第二百九十二條等規定是也。分述之如次。(另參照審判程序之說明)

(一) 文書可爲證據而未編入卷宗者。應示被告。命其辨認。並詢其有無辨解(二八四)此等事項。並被告之陳述。應記載於審判筆錄。(三三二—八六)

(二) 編入卷宗內之文書。可爲證據者。應由審判長或命書記官宣讀。但甲、當事人無異議者。乙、有關風化或有妨害公安之虞者。丙、有毀損他人名譽之虞者。只須有此三種情形之一。審判長即得祇告以文

件要旨。以代宣讀。又被告不解文件之意義者。於宣讀後。並應說明之。(二八五)

(三) 被告不認犯罪。而於偵查時曾經自白者。審判長得命將其自白當庭宣讀。(二七九)

(四) 證人、鑑定人陳述後。審判長得命將該證人、鑑定人在偵查時訊問之筆錄。當庭宣讀。(二八九) 在偵查時曾經訊問之證人、鑑定人。依第一百十六條。不得再行傳喚。或因死亡、疾病及其他事故。不能再行訊問者。審判長應將偵查時訊問之筆錄。當庭宣讀。共同被告因死亡、疾病及其他事故。不能再行訊問者。亦同。(一九二)

以上所述者。雖僅為法院於審判程序調查證書之程序。但檢察官、受命推事、受託推事。亦有調查證書之權。自不待言。(參照二三〇、二九七) 不過其調查程序。毋庸依審判程序之規定而已。

#### 第四 證書之證據力。

(一) 關於證書之證據力。學者恆分為形式之證據力。與實質之證據力。前者乃關於證書成立是否真正之問題。即證書確為其所載之制作者。斯為有形式之證據力。後者乃關於證書內容能否證明待證事實之問題。如證書確能證明待證事實。斯為有實質之證據力。調查證書。應首先調查其有無形式證據力。若無此效力。則有無實質之證據力。即毋庸調查。無論關於何種證據力。法院固均應依自由心證判斷之。但亦應注意左列標準。

### 甲 證書與制作者之關係。

苟該證書並非其制作名義人所制作。則其成立首非真正。即無形式證據力可言。不過此所謂制作。僅係本其意思制作之意。並不限於親筆或親自署名蓋章。

### 乙 證書與待證事實之關係。

苟該證書與待證事實並無何等關係。則雖成立真正。亦無實質證據力可言。

### 丙 證書與心證之關係。

此亦關於證書實質證據力之問題。又應依左列標準。

#### 1 制作者之認識是否正確。

即制作者對於證書之內容之認識。如並不正確。自無實質證據力。而考察其當時認識是否正確。又應留意其注意及智識之程度等。

#### 2 制作者之記載是否正確。

即制作者關於該證書以記載。如因記憶不全。或有陷於錯誤。並出於虛偽等情事。則亦自無實質

### 證據力可言。

### (二) 公務員制作之左列文件。應無證據力。

甲 文件欠缺法定必須遵守之程式者。

乙 文件係依違法程序制作者。

丙 檢察官起訴狀、下級審裁判書、抗告意見書、檢察官上訴書狀、或上訴理由書、答辯書、抗告書狀等，均不得以爲證據。蓋以此等文件，本應由受訴法院或抗告法院判斷其當否故也。惟推事對於聲請迴避之意見書，得爲證據方法，則法有明文。

(三) 制作者不明之文書，應無證據力。蓋以文書爲何人所制作，於判定其信用之程度，至有關係。故如匿名文件或出處不明之文件，其性質自無證據力可言。

(四) 以風聞或單純之想像爲內容之文書，亦應無證據力。蓋以此等資料，根本不適於爲判斷之根據也。

(五) 在他案判決確定爲偽造之文書，有無證據力，在本案仍應由法院自由心證判斷之，不受其羈束。

(六) 被告制作之文件，是否於己有利，在民事訴訟，對於法院之信用，大有區別。在刑事訴訟，即否，仍應由法院自由心證判斷之。

(七) 公證書與私證書之效力，在刑事訴訟，無所差別。已於前述。故不問其形式之證據力，抑實質之證據力，均應由法院自由心證判斷之。但法令設有特別規定者，自不在此限。如刑事訴訟法第三百三

十四條之規定是也。

## 第六章 裁判

### 第一節 裁判之意義

裁判 (Engeltune) 有廣狹二義。自廣義言之。則審判機關之意思表示。易言之。即為法律行為之訴訟行為。(狹義之訴訟行為)均可稱曰裁判。若從此義。則裁判有所謂「依法律之裁判」(Justice according Law)與「非依法律之裁判」(Justice without Law)二種。即後述之處分。亦可包含於其中。自狹義言之。則單稱審判機關就事實以下法律上判斷所為之命令。詳言之。即審判機關以事實為小前提。(認定事實)以法律為大前提。(適用法律)而依三段論法以得結論。即成立判斷。並將此判斷對外宣言。此種宣言。乃本於審判權之作用。故為有法律上拘束力之命令。受此宣言者。均應服從其趣旨。此義之裁判。即上述第一種所謂「依法律之裁判」。通常所謂裁判。均指此義而言也。

狹義即真正意義之裁判。則與處分大有區別。蓋處分乃謂司法機關直接使為某種行為(包含作為及不作爲)之命令或直接引起某種狀態之行為。除審判機關即法院、審判長、受命推事、受託推事外。檢察官及法院並檢察官之輔助機關。如書記官、承發吏、司法警察官、司法警察及監獄或押所官吏。亦得為之。與裁判之僅限於審判機關始得為之者。自不相同。又為處分。通常固亦須依據法律。但其本身並不重在為法律上



之判斷。故其性質根本與裁判不關。不遇在刑事訴訟法之用語。裁判與處分並未嚴格區別。故有時本為裁定性質者。亦稱曰處分。如關於強制行為及訴訟指揮行為之裁定。通常仍稱曰處分是也。（參照四二七、二九九、八四、九六等）

## 第二節 裁判之種類

裁判可依次述標準。為種種分類。

第一 依其內容。可分為實質裁判與形式裁判。前者乃謂關於實體法上事項之裁判。即判斷刑罰權之存否並其範圍之裁判。如科刑之判決（三一五）無罪之判決（三一六）是也。後者及謂關於訴訟法上事項之裁判。即判斷訴訟關係存否或訴訟程序當否之裁判。如免訴之判決（三一七）不受理之判決（三一八）管轄錯誤之判決（三一九）是也。

第二 依其形式。可分為判決與裁定。此為刑事訴訟法所規定之種類。（一七九）依法院編制法（參照同法一九五、二七、三六一）及舊高等審判廳以下各級審判廳試辦章程（同章程五八）裁判形式原分為判決決定命令三種。民事訴訟法亦然。舊刑事訴訟條例及民事訴訟條例。則以決定與命令無截然之區別。始將決定及命令同改稱曰裁判。現行刑事訴訟法。又將裁判改稱曰裁定。至判決與裁定重要之區別。可述之如次。

(一) 判決惟法院始得爲之。裁定則除法院外。審判長、受命推事、受託推事亦得爲之。

(二) 裁判應以判決行之者。法律均設有明文。(例如三一五至三一九、三四四、三八三至三八五、四〇七至四一三、四三八、四三九等)應以裁定行之者。法律固亦有設明文者。(例如二九、三二、八四、八五、九六、一〇三、一一三、一二九、二九九、三四三、三七七、三九七、四二二至四二四、四五二至四五四、五〇五等)但並不以此爲限。凡未定明應以判決行之者。均得以裁定行之。

(三) 判決原則係就實體裁判。但亦有例外。如不受理之判決(三一八)管轄錯誤之判決(三一九)及第二審第三審認上訴不合法而駁回之判決(三八三、四〇七)即單就程序裁判者也。免訴之判決(三一七)雖亦係因欠缺起訴要件。但其中亦有因刑罰權已不存在而爲者。

裁定則在現行刑事訴訟法上。均爲關於程序之裁判。無關於實體之裁判者。(依舊刑事訴訟條例預審推事所爲起訴及特種不起訴之裁決則尙有關於實體者)

(四) 判決原則應本於當事人之辯論爲之。裁定惟法院於審判時爲之者。始應經當事人之陳述。(一八〇參照後之說明)

(五) 判決概應敘述理由。裁定則僅駁回聲請及可以抗告者。始應敘述理由。(一八二)

(六) 判決應制作判決書。且除依第一百八十三條所定之一般程式外。並應依特別程式。(參照三二二)

一至三二四) 裁定則除依第一百八十三條制定裁定書外。另無特別程式。且得僅命記載筆錄。(一

八一)

(七) 判決原則應宣告之。裁定僅於審判時諭知者。始應宣告之。(一八四)

(八) 判決僅於審判中爲之。裁定則否。偵查及執行中亦有爲之者。

(九) 判決均爲終局裁判。無爲中間裁判者。諭知管轄錯誤之判決時。同時應諭知移送之判決。故亦

爲終局裁判之性質。裁定則原則爲中間裁判。僅少有例外爲終局裁判。如第三百七十七條第一項、

第三百九十七條第一項、第四百五十三條所規定之裁定是也。

(一〇) 對於判決之不屬方法。爲上訴。(三五八下) (惟對於確定判決不服者。始稱曰非常上訴。或再

審) 又其期限爲十日。(三六三) 對於裁定之不服方法。通常爲抗告。其期限原則爲七日。(四一四下、四

一七) 惟不服審判長或受命推事所爲者。始稱曰聲明異議。(一九九) 或聲請撤銷變更。(四二七下)

第三、依訴訟程度。可分爲終局裁判與中間裁判。終局裁判者。以終結該案件爲目的之裁判也。其中又有

二種。有以完全終結該案件爲目的者。如無罪、免訴、不受理、科刑之判決。及各種駁回之判決。或裁定均是。

有僅以在本法院終結該案件或某事項爲目的者。於依管轄錯誤所爲移送之判決。第二審或第三審所

爲發回或發交更審之判決。或裁定等均是。中間裁判者。非以終結該案件爲目的之裁判也。此種裁判。類

皆關於訴訟程序之事項。且係以裁定行之。無以判決行之者。

### 第三節 裁判之成立

裁判爲意思表示。關於其成立。自應依一般意思表示之原則以解釋之。即應解爲係於爲裁判者表示其所決定之意思(判斷)時成立。故爲裁判。第一步須決定意思。即成立判斷。裁判機關如爲獨任機關。即獨任推事、審判長。受命推事、專任推事(舊豫審程序尙有豫審推事)則係由該推事單獨決定其意思。即能成立判斷。如爲合議機關。即合議庭。則成立判斷。尙須依法定程序。此即法院編制法第九章所稱判斷之評議及決議是也。僅成立判斷。不過有意思之決定。尙不能謂爲裁判。故第二步必須將該項意思依第一百八十一條表示。即通常應由推事制作裁判書。惟裁定則得僅命記載筆錄。故在判決除應依第一百八十二條。及第一百八十三條。第三百二十一條制作外。其在科刑之判決。並應依第三百二十二條至第三百二十四條制作。又在裁定。其應制作裁判書者。固應依第一百八十三條辦理。即得僅命記載筆錄者。其內容並其程式亦應準用該第一百八十三條規定。又裁定如係駁回聲請或可以抗告者。依第一百八十二條。並應敘述理由。裁判係於依式作成文書時。即制作裁判書或命記載筆錄時成立。並非於宣告或送達時成立。蓋宣告不過將已成立之裁判對外諭知之一方法。既應朗讀主文。並有時應朗讀理由或告以要旨。(一八五)自須先有裁判成立。始能爲此程序。且宣告裁判。並不以參與審判之推事爲限。(三二六)若解爲係於宣告時成立。於

理論殊不可通也。故在應行諭知之裁判。雖不限定在宣告之前。必須完全作成裁判書原本。至少亦須將已決定之判斷記載於文書或筆錄。(即作成正文)爲此依式之表示時。即該裁判成立之時也。至於送達裁判書。則係將正本交付。(一八七)須在以前先將裁判書原本交付法院書記官。更因該書記官制作正本。(一八六)且自送達前即得提起上訴及抗告之規定觀之。(三六三、四一七)裁判不能解爲係於送達時始爲成立。更不待言也。(註)

註 關於裁判成立之時期。上述見解爲第一說。以外尚有二說。第二說謂裁判係於判斷成立時成立。尤於合議庭之裁判。係於決議成立時即爲成立。並非於作成裁判書原本時成立。故只評議時須全體推事參與。若在裁判書署名。則不須全體推事參與。(一八三、二)宣告裁判時。則更不以參與決議之推事爲限。即足徵裁判實係於成立判斷時成立。此一說也。第三說謂裁判係於宣告時始爲成立。獨任推事決定意見。或合議庭成立決議。並本其意見或決議制作裁判書。均純爲內部關係。對外尙不能認爲成立。故成立判斷或制作裁判書後。尙在未宣告以前。尙得撤銷變更。即足徵裁判須於宣告時始爲成立。此又一說也。第三說在民刑事訴訟法學者中均可認爲通說。余所以採第一說者。蓋以裁判應從意思表示之通則。不僅須有決意。並須有表示。而制作裁判書或命記載筆錄。既爲裁判法定之必要程式。自應解爲係於該時成立。至於應諭知之裁判。雖尙須宣告程序。究只能解爲裁判對外之生效時期。與其成立無涉。否則尙解爲

在宣告前尚未成立。何以決議後其撤銷變更。須依法定程序爲之。將無以說明其理由也。

裁判通常固如上述。係於依式制作裁判書或記載筆錄時成立。但在命爲傳喚、拘提、通緝、羈押、搜索時。應解爲毋庸另制作裁定書。僅制作傳票、通緝書、押票、搜索票。並於其上署名蓋章即可。（參照以前說明）

裁判機關爲合議庭者。如前所述。應依法院編制法第九章判斷之評議及決議之規定。何謂評議。（Berath-

ung）即由所定員數之推事就該事項交換各自之意見也。何謂決議。（Abstimmen）即採決一定意見爲

該事項之判斷也。關於評議及決議之一般程式。法院編制法第七十四條至七十九條設有規定。即評議由審判長總司其事。該庭員須各陳述意見。其陳述次序。以官資較淺者爲始。資同以年少者爲始。以審判長爲終。決議以過半數之意見定之。（註一）關於金額。若推事意見分三說以上。不能得過半數者。將諸說排列。以金額之多寡爲序。數至居中之數爲止。以該數作爲過半數。關於刑事事件。若推事意見分三說以上。不能得過半數者。將諸說排列。以不利被告之重輕爲序。數至居中之說爲止。以該說作爲過半數。（註二）評議概不公開。但候補及學習推事准其入座旁聽。（註三）又評議判斷之顛末及各員之意見。均應嚴守秘密。以外最高法院或高等法院審理第三審上訴案件。如解釋法令之意見。與本庭或他庭成案有異。由該院長依法令之義類開民事庭或刑事庭或民刑兩庭之總會審判之。又最高分院及高等分院各庭審理第三審上訴案件。如解釋法令之意見。與本庭或他庭成案有異。函請本院開總會審判之。其評議及決議程序。法院編制法

第八十條有規定。即須有各該庭推事三分之二以上列席。方能開議。總會由院長總司其事。會長由院長自任。或命庭長及推事。中資深者一人充之。總會之決議。以列席推事過半數之意見定之。分院各庭推事有意見書時。應列入決議之數。且本院得豫徵各庭推事之意見書。列入總會決議之數。以外尚應準用上述一般規定辦理。(以外尚有國民政府司法部統一解釋法令及變更判例規則所定稍有不符)

註一 意見是否過半數。應單就結論論之。(Totalabstimmung) 抑應並就理由論之。(Abstimmung nach Gründe) 學者中有爭論。通說謂應單就結論論之。余謂毋庸敘述理由之裁判。固可僅就結論成立決議。

若應敘述理由之裁判。(一八二)則非就理由成立決議。亦不能謂成立裁判。

註二 關於判決之種類。其不利於被告之重輕之次序。應如下述。(一)科刑之判決。(二)管理錯誤之判決。(三)公訴不受理之判決。(四)免訴之判決。(五)無罪之判決。

註三 所謂評議判斷之顛末及各員之意見。應嚴守秘密。其趣旨不過禁止將各員意見及決議經過。使參與評議人員以外之人知悉之意。苟不違背此旨。則評議之處所及方法。可以不問。故在評議室。抑在法庭。或以口述抑筆談。均可。

#### 第四節 裁判之程式

##### 第一 裁判前之審理。

裁判必有爲其基裁之訴訟資料。故通常必爲審理。審理之程式。判決原則係採言詞審理主義。裁定原則係採書狀審理主義。已於緒論述之矣。茲更將刑事訴訟法第一百八十條之通則規定。分別詳述之如次。

(一) 以判決之形式裁判者。除關於本案即爲訴訟標的之刑罰權者外。至少亦係關於該案件者。故爲其前提之審理程序。應行慎重。故法律於本條第一項定明除有特別規定外。應本於當事人之辯論爲之。此所謂辯論者。即謂應定審判日期使當事人兩造各以言詞陳述之義。較之第三百條所稱之辯論。其義爲廣。凡於該日期就本案所爲之陳述。均應以言詞爲之。非現於該日期之訴訟資料。即不得以爲判決基礎。是爲原則。但有例外。即有特別規定。如第三百十條、第三百十一條、第三百十四條、第三百八十二條、第四百零一條第一項、第四百零四條、第四百三十六條、第四百五十七條第一項、第二項等規定者。不應適用此原則。固不待言。即如第三百十七條、第三百十八條、第三百八十三條之判決。雖無特別明文。亦應解爲得不經辯論爲之。(註)又判決應本於當事人之辯論爲之。則非參與辯論之推事不得參與判決。又此所謂當事人。如許用代理人者。(二七二、三四五)自應就該代理人辯論之。

註 第三百十七條、第三百十八條、第三百八十三條之判決。嚴格言之。既無明文。自應解爲仍應經辯論。惟各該條所列情形。如甚爲明顯之時。爲便利計。亦以解爲得不經辯論爲宜。參照民事訴訟條例第二百九十條、第五百零八條、日本刑事訴訟法第三百六十五條、第三百九十二條。



(二) 以裁定形式所裁判之事項。以其不如判決之重要。故不問其係關於該案件、抑關於程序之問題。亦不問其係爲法院所爲、抑爲審判長、受命推事、受託推事所爲、並是否係依職權、抑依聲請。均以依書狀審理爲原則。但有例外。即法院之裁定於審判時爲之者。應經當事人之陳述。(一八〇Ⅱ)所謂審判時。即指審判開庭之時。此時使當事人陳述。亦別不須時間。故定爲應使當事人陳述。但如當事人不爲陳述。自仍得依書狀審理也。以外非於審判時所爲。如爲裁定者認爲有命關係人以言詞陳述之必要。自亦得命其爲之。(參照民訴條例二七四Ⅱ日本刑訴法四八Ⅱ)

## 第二 裁判文件之制作

裁判以制作文件爲必要程式。茲就刑事訴訟法第一百八十一條及第一百八十三條之通則規定。分述之如次。

(一) 裁判原則應由推事制作裁判書。(一八一)法律所以定明此種文件之制作者應爲推事者。蓋以裁判書乃記載裁判。即就該事項所爲之判斷。其制作者自應爲參與該事項判斷之推事。惟此不過謂裁判內容即其主文並理由應由推事作成之義。並非謂裁判書原本均須推事親筆書寫。故推事僅就主文及理由擬就草稿。使錄事或書記官連同其他事項如第一百八十三條第一項各款之事項繕成原本。由推事於其上署名蓋章。亦應認爲完全合法。又在合議庭。制作之人。亦無限制。只須本於決議。由

一人主稿，或數員合擬均可。但在裁定。若係於審判時，或訊問被告，證人，鑑定人，扣押，搜索，勘驗時所為者。則得命書記官記載於筆錄以代裁定書。(一八一但書)又傳喚，拘提，通緝，羈押，搜索，得僅分別制作傳票，拘票，通緝書，押票，搜索票已足。毋庸另作裁定書。已如前述。

(二) 裁判書除有特別規定外。應記載左列事項。(一八二丁)

甲 被告之姓名，性別，年齡，籍貫，職業，住址。此係假定受裁判者為被告。故設此款。若受裁判者為被告以外之人。如證人，鑑定人時。則應記載該項人本款事由。裁判書若欠缺受裁判者之記載。自屬違法。又本款趣旨。乃在表明被告為何人。只於此目的之範圍內記載之已足。至其根據。自應依第五十九條訊問所得者。(參照二七七)惟被告僅有綽號者。則可逕記明其綽號。又被告無職業，住址，或年齡不明者。亦可記明此項事由。又年齡如與認定事實有關。裁判書事實或理由項下所載年齡與本項所載有不符者。則不免理由矛盾。(參照二九一13)

乙 有代理人或辯護人者。代理人或辯護人之姓名。被告雖僅由代理人或辯護人出庭。亦除記明本款外。仍應記明前款事由。又本款雖欠缺記載。如依卷宗內之筆錄或其他文件。足以明證實會由代理人代理或辯護人辯護者。亦於裁判之效力不生影響。

丙 經檢察官出庭者。檢察官之官職姓名。此係就公判庭所設之規定。在其他情形。如有由檢察官參

與者。自亦宜記載之。又參與案件之檢察官前後有數人者。應僅記載於最後審判出庭之檢察官官職姓名。又依筆錄檢察官實已出庭。而裁判書漏載者。亦應解為裁判不致無效。

丁 自訴案件。自訴人之姓名、年齡、籍貫、職業、住址。此僅於自訴案件之裁判書有適用。可參照第一款並前款之說明。

戊 裁判之法院及年月日。此所謂裁判之法院。即指為裁判之推事所屬之法院。如為合議庭者。並應記明某庭。又此所謂裁判之年月日。即指裁判成立之年月日。通常固為制作該裁判書原本之時。但如正式制作原本在後。諭知裁判在前。則應記載諭知裁判之時。裁判年月日雖遺漏記載。而有宣告筆錄可據者。亦不生違法問題。惟裁判法院遺漏記載者。則為違法。

(三) 裁判書之原本。應由裁判之推事署名蓋章。(一八三II前段)此所謂裁判之推事。即為判斷或參與之推事。故在合議庭。凡參與評議者。均應署名。至判斷之是否為其意見。可以不問。此署名之推事。應與參與評議及參與審判之推事一致。否則為違法。(參照二九一12)但與參與諭知之推事無涉。故僅參與諭知之推事。不應使其署名。裁判係由獨任推事所為者。如該推事因事故不能署名者。法律別無補充規定。故斷時如該裁判未經宣告。自應更新審判。如已宣告者。則應由上級法院撤銷。若係合議庭。則法律有補充規定。即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。(一八三II後段)此所謂事故。乃指尾使該推事不能署名蓋章之一切事由而言。故出缺或請假。其最著者。若均不能署名蓋章。其救濟方法。亦與獨任推事同。

於裁判書原本署名之推事。與參與裁判及審理之推事不符。或未由參與裁判並審理之推事署名。亦未附記不能署名之事由。則為違法。

### 第三 裁判之主文。

裁判之主文(Fornat)者。即該裁判之判斷也。此為裁判之基本。無論何種裁判。均應有之。惟是否應特別標明為主文。則應分別論之。如裁判應行諭知者。以應宣告主文。其應特別作成。固不待言。其他裁判。應否於裁判書特別標明主文。以為記載。亦應分別論之。

(一) 判決應記載主文。乃第三百二十一條所明定。又科刑判決主文內應行記載之事項。第三百二十三條亦有明文。

(二) 裁定僅應有主文之內容。不於裁定書特別標明亦可。

裁判書所記載之主文。應與宣告者相符。否則為違法。又所載主文。如屬意旨不明。亦屬違法。

### 第四 裁判之理由。

裁判之理由(Gründe)者。即其判斷所由成立之根據也。裁判應附理由與否。刑訴訟法於第一百八十二條。

定明判決及駁斥聲請或可以抗告之裁定。應敘述理由。故在判決書。不問其為何種類。並何審級所為。均應記載理由。至科刑判決理由內應記載之事項。則刑事訴訟法第三百二十四條。更設有規定。又此所謂可以抗告之裁定。即指有特別規定許為抗告及第四百十五條第四百二十六條所載之裁定也。得聲明異議或得聲請撤銷或變更之裁定。(一九九、四二七丁)亦應解為應準用本條記載理由。

裁判應敘述理由。而不於裁判書記載。或其記載之理由互相矛盾者。斯為違法。(參照三九一三)

### 第五節 裁判之諭知(宣告及送達)

#### 第一款 概論

裁判通常係為裁判者對於受裁判者之意思表示。故除有特別規定外。(註一)不得使受裁判者知悉。因達此目的所為之行爲。稱曰諭知。又稱曰告知。(Beisatznahme) (註二)裁判雖於內部係於依式為意思表示之時成立。而對於外部發生效力。究在將該意思表示依式諭知之時。諭知之方法。通常為二種。即宣告及送達是也。凡判決應宣告者。即自宣告時起發生效力。毋庸宣告者。則自送達時起發生效力。分述之如後。

註一 裁定中即有毋庸依通常方法告知者。例如非於審判時所為之證據裁定。即全不須告知。亦有法律定明毋庸送達者。例如第三十二條第三項是。又有僅須於其執行時示知關係人者。例如拘票、押票、搜索票是。(四八六、九五九、六一、一四四)

註二 刑事訴訟法之用語。諭知係與宣告同義。

## 第二款 宣告

第一 應宣告之裁判。

(一) 判決。凡應經辯論者。均應宣告。(Verkundung od. publikation) 惟不經辯論之判決。則毋庸宣告。(一八四I) 蓋應經辯論之判決。(一八〇I) 易言之。即為判決前提之審理。既係依審判程序。即係於法庭為之。則其諭知。自亦以於法庭為之為宜。若不經辯論之判決。其前提審理。既非於法庭為之。自亦無於法庭諭知之必要也。又宜注意者。凡應經辯論之判決。即應宣告。至其曾否經兩造之辯論。可以不問。故如依第三百十條。及第三百十一條。第三百八十二條所為之判決。亦應宣告。至不經辯論之判決。為何。已於前述之矣。

(二) 裁定與判決不同。原則毋庸宣告。但於審判時所為者。則應宣告之。(一八四II) 蓋既係於審判時所為。多係於受裁判者之前前為之。(參照舊刑事訴訟律二五二條及同條草案理由) 並多在公開法庭。自以當場宣告為宜。又宜注意者。此項裁定。應解為凡受命推事。受託推事。於受裁判者面前為裁定時。即於訊問被告。證人。鑑定人。對於該等人為裁定時。或諭知搜索。扣押。勘驗時。只須在關係人面前所為。均應適用本項規定。固不僅於第一百八十條第二項之裁定。始有適用也。

## 第二 宣告之程序。

### (一) 宣告之時期。

甲 宣告判決。除於同一審判日期。即宣告辯論終結後立時或稍後爲之者外。不於同一日期爲之亦可。此時法律設有訓示規定。即應於辯論終結後七日內爲之。(三〇九)以係訓示期限。故不遵守。亦僅發生內部責任問題。於該判決之效力。並無影響。

乙 裁定應宣告者。固以當場爲之爲宜。但嗣後爲之。亦於其效力無影響。

宣告非於同一審判日期或調查日期爲之者。應由審判長。或受命推事。受託推事。指定宣告日期。如係宣告判決之日期。以爲廣義之審判日期。其通知自應準用審判日期之規定。即應傳喚被告。並通知檢察官。辯護人。輔佐人。其餘日期。亦應傳喚受裁判之人。

### (二) 宣告之機關。

宣告之機關。自爲裁判之機關。故爲合議庭者。自應由該合議庭宣告之。惟宣告之推事。並不以裁判之推事爲限。(參照三二六)故只須裁判書已合法作成。宣告時固不必由該獨任推事或參與評議之推事爲之。即全易他推事爲之亦可。

### (三) 宣告之程式。

(甲) 宣告裁判。不問其以前程序是否密行。均應公開法庭爲之。(法院編制法五五、五八)

乙 宣告判決。被告雖不在庭。亦應爲之。第三百二十五條已有明文規定。宣告裁定。亦得準用。該受裁定者雖不在場。亦得爲之。又宜注意者。本條係規定被告不在場時。並應爲宣告。非僅得爲。又宣告判決。原告。就中如自訴人。不在庭。是否亦得爲之。刑事訴訟法雖未與民事訴訟條例第二百六十五條第一項爲同一規定。應解爲得以同一解釋。於原告不在場時。亦得爲之。又被告之辯護人。輔佐人。不在場時。得爲宣告。更不待言。又不在場得爲宣告。或應爲宣告。與宣告日期應否通知。爲另一問題。宣告判決日期。亦爲廣義審判日期之一。未經當場告知(三八)或依法傳喚並通知各關係人(二六五)亦屬違法。不過此項前提程序違法。苟當日宣告程序並不違法。裁判之效力。應解爲不受影響。

丙 宣告裁判。應朗讀主文。其敘述理由者。並應朗讀理由。或告以要旨(一八五)故依此規定。宣告裁判之先。至少應作成主文。其朗讀理由者。裁判書應先行作成。自不待言。惟此所謂主文及理由。應就實質言之。只須有主文或理由之實質。固不必特別標明主文及理由之名稱。就中如裁定書。只須其內容已將判斷(主文)及其根據(理由)記明。不特別分項並標明主文理由字樣。亦屬完全合法。(註)又受裁判者。如爲不諳文義之人。自以說明理由要旨爲宜。(參照三八五II)

註 兼理司法之縣知事以堂諭代判決者。即未標分主文與理由。



丁 宣告判決。如係得爲上訴者。審判長應以上訴之法院及期限一併諭知在庭之當事人。此爲第三百二十七條所明定。此雖僅就判決言之。但得爲抗告。或得聲明異議。或聲請撤銷變更之裁定。(二九九、四二七丁)自亦以準用爲宜。不過此項規定。除諭知無罪之判決。對於自訴人諭知免訴或管轄錯誤之判決。對於被告不履行所定程序。發生違法問題外。餘如對於被告所爲之科刑判決。既已於判決書記明上訴之法院及期限。(三二二)向之送達。則於宣告時。時令遺漏履行。自無違法可言。無罪之判決。被告本不得上訴。不向之諭知。自亦不生問題。至檢察官對於上訴法院及期限。本爲其職務上所應知。不向之諭知。自更不成問題。又此項規定。於當事人不在場之時無適用。亦不待言。

戊 宣告裁判。應由書記官出庭或在場制作筆錄。(參照二七〇、三三一)且於審判中所爲者。曾否宣告。應專以筆錄爲證。(三三四)故未作筆錄或漏載宣告者。即與未宣告同。裁判對外不生效力。即爲送達。亦不生送達之效力。

裁判書所載之主文及理由。與筆錄所載不符者。雖應以裁判書爲準。但等於未將主文及理由宣告。自屬違法。有於上訴或非常上訴時被撤銷之原因。

第二 宣告之效力。

裁判應宣告者。係於宣告時對外發生效力。已於前述。以外宣告尙有次述效力。

(一) 爲裁判者及受裁判者。自宣告後。均應受其羈束。乃爲原則。(參照民訴條例二七二、二七八及後節羈束力之說明)

(二) 裁判書原本。須於宣告後。始得交付法院書記官。制作正本。(參照民訴條例一八六Ⅰ及二六八)

(三) 裁判須經宣告後。始得送達正本。於宣告前送達者。送達程序。雖屬合法。亦不生送達之效力。不能起算上訴或抗告期限。(參照二六三、四一七)

(四) 受裁判者。於宣告後。即得上訴或抗告。不待送達。(二六三及四一七但書)

## 第二款 送達

判決均應送達於當事人。裁定亦除有特別規定。或依其性質毋庸送達於當事人兩造或其一造者外。(參照本節第一項說明)亦應送達於當事人。(一八七Ⅰ)但受裁判者。如爲第三人。自應送達於該第三人。毋庸送達於當事人。

送達應用正本。此正本係由書記官依原本作成。(一八七Ⅰ、一八六Ⅱ)書記官制作正本時。除應依第一百八十九條、第一百九十條之規定外。第一百八十六條第二項更有規定。應記載證明與原本無異字樣。至應標明爲正本。更不待言。

送達之程序。應依送達一般之規定。此已於前述之。毋庸別爲說明。

裁判送達之效力。應分別論之。即在不經宣告之裁判。即自送達時始能對外發生效力。為裁判者自該時始應受其羈束。在以前仍得自由變更。又為裁判者此時受羈束。不必待諸送達兩造以後。只須送達一造。即發生此項效力。至應經宣告之裁判。則以該裁判已於宣告時即已對外發生效力。為裁判者自斯時起即應受其羈束。其送達自僅有起算上訴或抗告期限之效力。（參照二六三、四一七）

## 第六節 裁判之確定

第一 裁判之確定。判決係於次述時期確定。

(一) 本來不得上訴之判決。於該判決送達或宣告時為確定。何謂本來不得上訴之判決。即已經終審之判決。在現行法上可分為三種。即甲、通常係經最高法院或高等法院為第三審之判決。但乙、高等法院管轄第一審之案件。則僅有二審。仍以最高法院為終審。又丙、初級法院管轄第一審之案件。其最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役、或專科罰金之罪者。亦僅有二審。而以地方法院為終審。（參照三八八、三八七）

(二) 得上訴之案件。於何時確定。應分別論之。

甲 兩造均未於其上訴期限內上訴者。於兩造期限均已屆滿時為確定。兩造期限。係各自送達判決書後起為十日。（二六三）至兩造能否並曾否聲請回復原狀。可以不問。（參照二一二並聲請回復

原狀之說明) 又兼理司法之縣知事所爲判決。確定後雖尙須高等法院覆判。又諭知死刑之判決。確定後雖尙須司法部覆准。但均係暫時停止執行之問題。

乙 一造於上訴期限內合法上訴者。即阻止判決之確定。至如何始能認爲合法。則須其不違背法律上之程式。並未喪失上訴權。(參照三七七I、三八三、三九七I、四〇七及以後上訴之說明) 又合法上訴。雖能阻止原判決確定。但若後經合法撤回。不能發生此項效力。自不待言。又上訴僅對於一部爲之者。他部分除應以上訴論者外。(三六二II) 亦不生阻止確定之效力。

丙 一造雖已上訴。而其上訴並非法者。仍應於兩造上訴期限均屆滿時確定。亦不待言。

## 第二 裁定之確定。

(一) 裁定本來無確定力者。即該裁定嗣後仍得隨意撤銷變更。自無確定問題。

(二) 裁定有確定力者。其確定時期。得準諸判決論之。

甲 本來不得抗告者。於送達或諭知時確定。至本來不得抗告之裁定。即法律未定明許抗告之裁定。及該案件終審法院所爲之裁定並不許再抗告之裁定是也。(參照四一五、四一六、四二六)

乙 得爲抗告者。應於抗告期滿無合法之抗告時確定。何謂不合法之抗告。即有違背法律上之程式。或其抗告權已喪失之情形是也。(參照四二二)

## 第七節 裁判之效力

### 第一 裁判之羈束力。

裁判之羈束力。係於裁判對外發生效力時發生。即在應諭知者。於宣告時發生。不應諭知者。於送達時發生是也。此項羈束力。又可分兩方面說明之。

(一) 羈束為裁判者之效力。即在為裁判者。於本案件不得更為與該裁判趣旨相抵觸之裁判或其他行為。且對於該裁判本身。除依法律特許撤銷變更者外。餘均不得撤銷變更。

(二) 羈束受裁判者之效力。即在受裁判者。亦於本案件應尊重該裁判以進行訴訟行為。不得蔑視其存在。(參照二六三、四一七、民訴條例二六五II)

關於裁判之更正及補充。刑事訴訟法未設有民事訴訟條例第二百七十二條、第二百七十三條、第二百七十九條之規定。如裁判有誤寫、誤算、或其他顯然錯誤(即有應更正之情形)或對於本案件。裁判有脫漏(即有應補充之情形)者。應解為不能與民事訴訟條例為同一解釋。許為裁判者得自行更正、補充。故在顯然錯誤之時。亦惟有由上級法院依法更正。在裁判脫漏之時。亦惟有由本法院續行審理而已。但該項錯誤。如非關於裁判之主文或事實及重要理由之部分。例如科刑判決內記載抗辯要旨之部分(二二I)有誤字或脫字時。則因其與該裁判之效力。並無影響。自得解為得許更正。又裁判脫漏之部分。

如與已裁判之部分有不可分離之關係，仍應解為得許上級法院依法補充判決，亦不待言。

## 第二 裁判之確定力。

裁判之確定力與羈束力不同之點有三。(一)羈束力，係於裁判對外發生效力時，即宣告或送達時發生。確定力，係於裁判確定時發生。(二)羈束力，係於本案件發生。確定力，則除於本案件外，於他案件亦發生。(三)二者之內容不同。其最著者，羈束力僅有使受裁判者依該裁判進行訴訟行為之效力。確定力則有使受裁判者服從該裁判之效力。(註)

註 學者中亦有謂羈束力僅對於為裁判者發生者。

裁判之確定力有二種

(一) 形式確定力。(formelle Rechtskraft) 此即謂為裁判者及受裁判者於本案件應受拘束。除依再審或非常上訴之程序外，不得更行聲明不服並撤銷更正也。

(二) 實質確定力。(Materielle Rechtskraft) 又稱曰既判力。(Rechtskraft) 此項效力，惟判決有之。故茲專就判決言之。即凡經判決確定之刑事案件，不得更為他刑事案件之客體。詳言之，即刑事案件，已經判決確定者，該犯罪之起訴權即為消滅。(二四三二) 檢察官在他案件不得更行偵查起訴。(參照二四四一) 如仍起訴者，法院應為免訴之判決。(三一七一) 自訴人亦同。(三五七) 是曰一事不再理。

之原則。(ne bis in idem) 判決欲發生實質確定力。而適用一事不再理之原則。尚須具備次述要件。

甲 須該裁判已經確定。即已生形式確定力。故判決尙未確定或本來無效者。自不生既判力。

乙 須該判決係本於我國裁判權所爲者。蓋以外國法院審判確定之犯罪。仍得依我國刑法處罰。乃爲刑法第八條所明定故也。惟如係本於我國裁判權所爲者。則不問其係通常法院所爲。抑係特別法院或軍事審判機關所爲。均應生既判力。

丙 須兩案件係同一案件。此又須具備次述二要件。(註)

1 主觀同一 (Subjektive Identität) 即須同一被告。

2 客觀同一 (objektive Identität) 即須同一犯罪。

註 此與定起訴範圍即訴訟拘束之範圍之標準相同。當於後詳論之。

丁 該案件原則須爲本案判決。(Sachurtheil) 即該判決必係就刑罰權之存否爲判斷。即以無罪、免訴、科刑之判決爲限。若僅就程序爲判斷。即形式判決。(Formellurtheil) 亦稱本案前之判決。如管轄錯誤之判決。及特種不受理之判決。亦不生既判力。(註)

註 不受理之判決僅第二百十八條第一款第二款不生既判力。就中如第一款情形。尙得補正程式。更行起訴。至同條第三款後段並第四款至第六款。則仍應生既判力。

即判力發生之要件。已於上述。至既判力之範圍。則應適用起訴不可分之原則（後詳）而及於該案件之全部。雖該判決主文僅係對於起訴案件一部爲之。仍應就全部發生既判力。

### 第三 裁判之執行力。

裁判之執行力者。使裁判所命事項實現之效力也。此種效力。原則亦須於裁判確定時始能發生。其中又有二種。有關於程序者。有關於實體者。依證據裁定以調查證據。此前之例也。依諭知科刑判決執行科刑。此後之例也。

有一定裁判。依法律規定。尙發生該裁判內容以外之執行力。如第三百二十八條至第三百三十條之規定是也。

裁判之執行。通常同係對於受裁判者以強制力實現裁判之內容。但亦有不然者。例如無罪之判決及許可停止羈押之裁定之執行。即係將被告釋放是也。

罰金、罰鍰、沒收、沒入、及追徵之裁判。無直接執行力。蓋以此等裁判。更應依檢察官之命令。始得執行故也。（參照四九二丁、Ⅲ）

刑事裁判之執行。無如民事裁判假執行之制度。即依具保或責付之裁定。而將被告釋放者。雖嗣後仍得依情形再執行羈押。但前此之裁定。亦係終局執行。非假執行之性質。



#### 第四 裁判之證明力。

裁判於本案件雖不得以爲證據。但亦有一定之證據力。例如依該裁判書得證明曾爲該項審判或曾爲所記載之陳述也。(參照民訴條例四〇〇I II)至在他案得爲證據。更不待言。

#### 第五 裁判之其他效力。

確定裁判。就中如確定科刑判決。除前述效力外。尚有種種效力爲他種法令所規定者。例如民事訴訟條例第五百六十九條第二項、第四百條。考試選舉法令所定之消極資格等均是。茲僅就刑事訴訟法第五百十三條之規定說明之。即依同條。刑事判決所認定之事實。以關於犯罪之證明及責任者爲限。有拘束附帶民事訴訟或獨立民事訴訟之效力。此蓋因該犯罪既經刑事判決認定。則在附帶民事訴訟或獨立民事訴訟。關於該犯罪事實。即不須更行證明。且由該犯罪所應生之責任。亦不須更行審判。所以減輕民事法院及民事原告之責任。亦所以維持裁判之威信也。

### 下部 各論

## 第一編 第一審

### 第一章 公訴

## 第一節 總論

### 第一款 公訴之意義

公訴有二義。一為主觀之意。即謂檢察官科刑判決之請求。此則與刑事之訴 (Strafklage) 同義。如法院編制法第九十條第一項所謂提起公訴。即此義也。二為客觀之義。即謂檢察官起訴之案件。此則與刑事訴訟 (Strafprozess) 或刑事案件 (Strafsache) 同義。如上述法院編制法同條款所稱實行公訴。即此義也。在告劾主義之制度。刑事訴訟。非經原告起訴。不能發生。故在檢察官為原告之公訴。解為起訴之義。不過自其開始言之。解為案件之義。不過自其續行言之。實二而一。而二者也。故刑事訴訟法第二編第一章所稱公訴。實應解為係包含主觀客觀二義而言。惟通常稱公訴時。則多指第一義。若從此義。則公訴即係實行公訴權之活動。而為公訴權之作用。故學者又謂公訴在主觀意義。係與公訴權同義。

### 第二款 公訴之目的

公訴之目的。即刑事訴訟之目的。乃在確定刑罰權其存否及範圍。此已屢於前述之矣。通說均謂公訴目的。專在實行科刑權。即適用刑罰。余謂適用刑罰。固為刑事訴訟最終之目的。但尚須以證明犯罪為前提。此項功用。通常固僅為刑事訴訟之手段。但亦有為刑事訴訟之目的者。蓋刑罰之功用。不僅在對於犯人為懲責或排除。並在對於社會為預防或警戒。為實現前之功用。固有適用刑罰之必要。為實現後之功用。則有時僅

有證明犯罪之必要。故公訴有時即於應緩刑或免刑之時。亦應提起。此則專出於證明犯罪之目的者也。

### 第二款 公訴權之性質

公訴權 (Strafverfolgung) 者。檢察官爲原告。依公訴以請求諭知科刑判決之權利也。簡言之。即檢察官之刑罰請求權。乃爲刑事訴訟法所稱起訴權之一種。學者中也有分公訴爲形式公訴權與實質公訴權者。若從此說。則上述意義。乃爲實質公訴權。而形式公訴權。則單指檢察官請求爲判決之權利。蓋凡稱曰訴權。合民事事概括言之。不外請求以判決確定權利。故請求爲判決爲第一步。請求爲確定權利之判決則爲第二步。民事訴權固可分爲形式與實質二者。一則謂原告請求確定私權之勝訴判決之權利。一則單稱請求就其訴之聲明爲判決之權利。刑事訴權。亦可同一論之。於實質訴權存在之時。法院固有諭知科刑判決之義務。即實質訴權不存在之時。只須檢察官曾經起訴。則不問其是否合法。法院即有判決之義務。此即形式訴權之功用也。

上訴述權。無論爲實質。抑爲形式。均爲刑事訴訟法上之權利。學者中亦有謂實質公訴權。爲刑法上即實體法上之權利者。余謂刑罰請求權。固係與刑罰權相伴而生。且自實質言之。此二權利之主體。同均爲國家。但國家既於形式上將公訴權付與於檢察官。且刑事訴訟法第一條。定明犯罪應依本法及特別刑事訴訟法令始得追訴及處罰。則追訴權自己與刑法上之刑罰權獨立。而爲刑事訴訟法上之權利。猶之民事訴權。與

其基本之私權。各自獨立為民事訴訟法及民法上之權利。理論固相一致者也。

#### 第四款 公訴權之發生

公訴權之客體。既為犯罪關係。則其發生原因。自與刑罰權相同。即於犯罪事實發生時發生。故實質公訴權之發生。必與刑罰權之發生為同一時期。不過檢察官實行偵查並起訴。必在知悉犯罪事實以後。行使訴權之時期。自不能盡與犯罪事實發生之時期相同。又檢察官起訴。只須其主觀認有犯罪之嫌疑已足。實質公訴權究竟於客觀存在與否。自須待諸判決確定以後也。

#### 第五款 公訴權之消滅

公訴權之消滅云者。即實質公訴權。因法定原因而消滅之謂也。若形式公訴權。則無消滅可言。權以只須有形式上之起訴。法院即有裁判之義務。與其處罰條件及起訴條件是否具備無關故也。

公訴權消滅之原因。有直接與間接二種。

一 直接原因。為刑事訴訟法第二百四十三條所明定。即如次述。

甲 時效已滿期者。

時效 (Verjährung) 應否為刑罰權之消滅原因。抑為起訴權之消滅原因。學者中雖有議論。但現行刑法第九十七條已定明因時效而消滅者係為起訴權。故該法關於時效之規定。應解為係刑事訴訟法

之性質。至刑事時效制度之本旨。應解為與民事時效制度相回。係在尊重長永繼續之狀態。不許再以公訴擾亂。故實體法上之刑罰權。不過間接受其影響。而直接所消滅者。仍為起訴權也。(註二)

註一 刑法所規定者。僅一般時效。以外尚有特別時效。如舊治安警察法第四十條是也。

註二 關於時效制度之理由。除上述者外。尚有種種學說。有謂係國家遺忘該犯罪者。有謂係因犯人在時效期內之痛苦已足與科刑相償者。有謂係因證據過久已經湮滅者。余謂刑事時效亦與民事時效相同。根本精神。即在維持社會秩序而尊重經久繼續之狀態。

乙 曾經判決確定者。此即謂判決已生實質確定力之時。又稱一事不再理之原則。其意義及範圍已於前述(註)

註 處刑命令與確定判決有同一之效力。為刑事訴訟法第四百七十五條所明定。

丙 曾經大赦者。

赦免雖有大赦與特赦二種。但特赦僅係免除確定刑之執行。乃就特定案件為之。若大赦則為起訴權消滅之原因。不問已否起訴並判決確定。亦不限於特定案件。而係就一般犯罪為之。且二者經過之法定程序。亦有不同。

丁 犯罪後之法律已廢止其刑罰者。詳言之。即該犯罪行為。依舊法雖應處罰。而依行為後施行之新

法已不應處罰之時是也。故所謂犯罪後之法律。應解爲於犯罪後已經施行之法律。若雖已公布而尙未施行。則尙不能爲起訴權消滅之原因。又所謂廢止刑罰。即該行爲於舊法爲犯罪於新法不爲犯罪之義。固不僅該行爲曾經新法廢止刑罰之情形已也。

戊 告訴或請求乃論之罪。其告訴或請求已經撤回者。告訴或請求乃論之罪。應依刑法所定。告訴或請求一經撤回。依刑事訴訟法第二百十九條第二項及第二百五條第二項規定。即不得再爲告訴或請求。自無從起訴。故法律定爲起訴權消滅之原因。又法律雖僅定明撤回。捨棄亦應解爲同一論之。（參照偵查節內告訴之說明）

己 被告已死亡者。此所謂死亡。乃指自然死亡。非謂宣告死亡。故雖經宣告死亡者。如實尙生存。起訴權仍不消滅。又此雖僅定明被告死亡爲起訴權消滅原因。但如依特別法法人得爲被告者。該法人消滅之時。亦應同一論之。

二 間接原因。此即指刑事訴訟法雖未定明爲起訴權消滅原因。但依特別規定之結果。實間接足以致起訴權消滅者而言。次述情形。其最著者。

甲 不起訴之案件。非發見新事實或新證據。不得對於同一案。再行起訴。乃爲第二百五十二條所明定。依此規定。不起訴處分。自爲起訴權之間接消滅原因。

乙 起訴經撤回後不得再行起訴。爲第二百六十四條所明定。依此規定。撤回起訴。自亦爲起訴權之間接消滅原因。

丙 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。爲第二百十八條所明定。故親告罪未於期限內告訴。亦爲起訴權之間接消滅原因。

上述公訴權直接消滅原因。如檢察官於開始偵查前即行知悉者。即不得開始偵查。偵查開始後始行知悉者。即應爲不起訴之處分。(二四四一)若誤爲起訴。法院亦應諭知免訴之判決。(二二七一)但僅有間接消滅原因。則以起訴權並未直接消滅。除其中乙丙二項情形已不得再開始偵查。如偵查後始知該項情形。仍應爲不起訴之處分。(即仍依二四四一)甲之情形。則尙得再行偵查。惟若不能發見新事實新證據時。亦應爲不起訴之處分。(即依二四四二)若行起訴。則法院應爲不受理之判決。(二一八一)

## 第二節 偵查

### 第一款 總論

#### 第一項 偵查之意義

偵查 (Ermitelung) 者。公訴程序之最初處分也。偵查在刑事訴訟法用語。有二義。一稱偵查行爲。如第二百二十七條至第二百三十二條所稱者是。一稱偵查程序。如同法第二編第一章第一節標題及第二百三十

七條所稱者是。此二義實質雖屬相同。但一則係指爲處分行爲。一則係指偵查中之訴訟行爲全體。通常所稱。固均爲第一義也。蓋檢察官提起公訴。必已認該案件實成立犯罪。且有相當證據。(二五三)故必須先就該案件調查事實並搜集證據。此種程序。即爲偵查程序。故偵查爲公訴程序之最初處分。亦爲公訴程序之準備程序。

## 第二項 偵查之目的

偵查本體。如前所述。乃爲公訴之準備程序。故其主要目的。自在查明該案件應否起訴。即是否具備處罰條件及起訴條件。因此目的所爲之處分。乃爲調查行爲。概括言之。則可稱曰偵查犯罪。(二七至二一九)分析言之。則可稱曰偵查犯人及證據。(三三〇)蓋行爲不成犯罪。根本即不能成立公訴。又行爲雖爲犯罪。而犯人未經查明。證據未經蒐集。亦不能達公訴之目的。故施行偵查處分之範圍。以得有足認被告有犯罪嫌疑之證據爲止。(二五二)其本來之目的。亦即在此。

偵查除上述準備公訴之目的外。尚有實行公訴之目的。因此目的所爲之處分。通常爲保全行爲。亦間有調查行爲。蓋雖已查明犯人並搜得證據。然若不許其先於法院施行保全處分。則公訴亦無從實行。故爲保全行爲。亦屬於偵查範圍。又提起公訴。只須有犯罪嫌疑。而爲完全實行。即使法院必爲科刑判決起見。自又應許其繼續調查事實並搜集證據。故在起訴以後。亦有爲調查行爲之必要。故繼續調查犯罪。亦屬於偵查範



圍。此二項行爲。乃偵查之附屬目的也。

偵查之目的。不外上述二種。要皆因於原告地位應爲之處分。至於在偵查程序應並爲有利於被告之處分。(二二、二二九)則爲另一目的。即因於爲公益代表。即應求正當適用法律之地位。所應爲之處分。並非偵查固有之目的。

### 第三項 偵查權

施行偵查處分之權。稱曰偵查權。雖一面可謂爲公訴權之作用。而爲一種權限。但一面實與公訴權獨立。而爲刑事訴訟法上之權利。故受其處分者。均有服從之義務。且其發生。係與公訴權相伴。彼形式公訴權。既不須刑罰權客觀存在。偵查權亦屬相同。只須偵查機關主觀認爲刑罰權存在。即知有犯罪嫌疑。即應行使。(三三〇、三三三、三三四)至其存續期間。應至該案件絕對確定時爲止。故雖在起訴後或上訴中。檢察官仍得續行偵查。固不待言。即在諭知科刑、無罪、免訴、不受理之判決確定後。而爲再行起訴或提起再審。亦得續行偵查。(參照二五二、四四二)

### 第四項 偵查程序

偵查程序。爲廣義訴訟程序之一種。通常固係於提起公訴以前施行。但如前所述。並不限於起訴爲止。應解爲只須偵查權未至消滅。關係該案件之檢察官。均得續行偵查處分。不爲時期及職務管轄所限制。即在起

訴後或判決確定後。亦得爲之。又不僅與第一審法院同級之檢察官有此職權。如在上訴中。與上訴法院同級之檢察官。亦有此職權。又案件雖已繫屬上訴法院。而原第一審級或原第二審級檢察官。亦有此職權。刑事訴訟法雖將偵查規定於起訴之前。且以施行調查及保全行爲之權。分別屬之於檢察官及審判長或法院。一若此等行爲。僅偵查中始得由檢察官爲之。一至審判中。則不得爲之者。（參照三五Ⅱ、四四Ⅱ、五〇Ⅱ、六七Ⅱ、八七Ⅱ、一一七、一三八、一四二Ⅱ、一五六Ⅱ等）余謂偵查權既非係於起訴時即行消滅。且偵查目的。不僅在準備公訴。并在實行公訴。則雖在審判中。自應解爲許檢察官仍得爲偵查處分。至法律不過規定偵查程序之通常順序。要不得謂偵查程序。一一起訴。即不得續行也。

偵查程序。係完全與審判程序獨立。即合於審判中續行之時。亦非審判程序之一部。（參照法編法九四）又檢察官及被告在偵查程序爲行爲。非係以當事人之資格爲之。但相互間仍發生訴訟關係。即各有訴訟法上之權利義務。故其所爲行爲。仍爲訴訟行爲。而發生訴訟法上之效力。尤於檢察官所爲之強制處分爲然。不過除此項處分外。其餘依偵查所得之結果。須待諸提起公訴以後。始能利用而已。（註）

註 通說均謂依偵查所得結果。須待起訴以後。始能發生訴訟法上之效力。余謂檢察官及被告在偵查程序所爲之行爲。均得謂爲訴訟行爲。亦足以發生訴訟法上之效力。不過爲訴訟資料。須在起訴以後。（參

照二七九、二八〇、二八四、二八五、二八九、二九二等）

## 第五項 偵查機關

偵查機關有三種。即檢察官及司法警察官。司法警察是也。(參照上部第一編第二章第二節說明)分述之如次。

### 第一種 檢察官。

法院編制法第九十條。定明檢察官有實行搜查(即偵查)處分之職權。又刑事訴訟法第二百三十條。亦定明檢察官知有犯罪嫌疑。應即偵查犯人及證據。此均足徵檢察官實為偵查機關之中樞。其施行偵查。依法院編制法第九十四條及第九十八條。係對於法院獨立。且均應從長官之命令。又依同法第一百零四條。各檢察處檢察官得調度司法警察。故檢察官除自行施行偵查外。並得隨時指揮或命令在其管轄區域內之次述司法警察官及司法警察補助之。

### 第二種 司法警察官。

司法警察官有二種。已於前述。更詳述之如次。

(一) 第一種司法警察官。乃為刑事訴訟法第二百二十七條所定。即於其管轄區域內。有偵查犯罪之職權。與檢察官同。但於查獲犯罪嫌疑人後。除有必要情形外。應於三日內移送該管檢察官偵查。法律所以許此等官吏。在其管轄區域內。得與檢察官同等偵查犯罪者。蓋多因政治犯或其他與地方一般

公益有關之重大犯罪。有須由其逕行實施偵查之必要故也。依此規定。只須在其管轄區域以內。且在未查獲犯罪嫌疑人以前。則凡法律所定檢察官所得爲之偵查處分。均得獨立爲之。故亦得指揮次述司法警察官。且有發各種傳票、拘票、押票、搜索票、及扣押、勘驗、並訊問被告、證人、鑑定人之權。不過訊問被告後。如查明係爲犯罪嫌疑人。則須於三日內移送該管檢察官。以後即不得再爲偵查處分。但有必要情形。仍得爲之。惟所謂必要。須由客觀論之。不能憑諸主觀。故於客觀無此必要。該管檢察官自得要求移送。又法律既定明此等官吏與檢察官同。則爲檢察官之長官者。即自地方法院以上法院之首席檢察官或檢察長。對其施行偵查。自有命令之權。惟既與檢察官同等。自不能更如後述之司法警察官。受普通檢察官之指揮命令也。

(二) 第二種司法警察官。乃爲第二百二十八條所定。即應聽檢察官之指揮。偵查犯罪者。故在此種官吏。並不能如前述官吏。得獨立爲檢察官得爲之偵查處分。僅得輔佐檢察官。在其指揮之下。任偵查犯罪之事。即凡屬檢察官。不問其屬於何階級。均得指揮此種官吏。此種官吏。亦有服從其指揮之義務。惟茲宜注意者。法律只定明應聽檢察官之指揮。偵查犯罪。並非須受檢察官之命令。始得偵查。故此等官吏。與後述之司法警察不同。其偵查犯罪。仍得逕自着手。不必先有檢察官之指揮也。

又本類之司法警察官。以應聽檢察官之指揮。故法律更於第二百三十三條定明知有犯罪嫌疑。應即

通知該管檢察官。但於檢察官開始偵查前。應實施上述處分。

甲 記載可為證人者之姓名、性別、住址及其他足資辨別之特徵。此即謂關於證人。僅能記載其姓名等以備報告。乃為原則。

乙 調查易於消滅之證據及其他犯罪情形。此即謂凡證據及其他犯罪情形。只須易於消滅者。即應調查。

丙 犯罪時在場之證人。恐偵查時不能訊問者。得先行訊問。此關於證人。規定例外亦得訊問。適用本款。須有二要件。1 須該證人在場。2 恐偵查時不能訊問。

上述處分。既定明應在檢察官開始偵查前實施。則不須受檢察官之指揮。自不待言。以外之偵查處分。除法律定明僅由檢察官得為者外。(例如各種強制處分)亦應解為在檢察官開始偵查前。亦得獨立為之。無須一一受檢察官之命令。

又本類官吏。只須屬於法律所定之種類。則不問其官階之高下。關於偵查犯罪。均有同等之職權。(其在內部之權限有命令服從之關係乃屬另一問題)又第一種司法警察官既有檢察官偵查犯罪之職權。關於偵查犯罪。此等官吏。自亦應聽其指揮。

### 第三 司法警察

此為第二百二十九條所明定。與前述二種司法警察官均不相同。乃應受檢察官及司法警察官之命令偵查犯罪者。故在此種官吏。原則並不能獨立為偵查行為。須在實際受有命令以後始得為之。不過此項命令。並不限於具體案件發生時始得為之。即在平常預為一般抽象之命令。亦無不可。只須在命令範圍之內。偵查行為之種類。固可無限制。但強制處分。究應解為須檢察官親自為之。此等吏役。僅能於為此等處分時。使其為事實上之輔助而已。

司法警察因須受命令始得偵查犯罪。故第二百三十四條定明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。但遇有必要時。仍應實施司法警察官第二百三十三條第一款及第二款之處分。其為此等處分。不須受命令。自不待言。以外法律尙定明無須受命令者。如第四十九條、第一百四十六條至第一百四十八條等規定是也。

### 第二款 偵查之端緒

#### 第一項 概說

偵查權係與公訴權相俾。其發動非必刑罰權實已發生。只須檢察官主觀認為刑罰權發生。故足為開始偵查之端緒者。法律上並無限制。刑事訴訟法第二百三十條亦定明此旨。檢察官因告訴、告發、自首、或其情事知有犯罪嫌疑者。應即偵查犯人及證據。依此規定。只須何種端緒。足使檢察官疑有犯罪。即應開始偵查。並

不以告訴、告發、自首爲限。就中如現行犯。尤爲應開始偵查之明確端緒。以外如新聞記事。一般風聞。匿名稟（註）雖於訴訟上不能爲證據。要亦足爲開始偵查之端緒。不過現行犯。及告訴、告發、自首。爲開始偵察之普通情形。故刑事訴訟法除現行犯已於被告拘提章內規定外。更就後三者於偵查節內特設規定。茲亦專就此三者說明之。

註 一般風說及匿名函稟。雖足爲偵查端緒。究宜先注意其來源並探明虛實之後。始可着手。以免受其利用。累及無辜。日本刑事訴訟法第二百七十七條。就此設有明文。

## 第二項 告訴

第一 告訴之意義。

告訴（Antrag）者。犯罪之被害人或其他代被害人行使告訴權之人。向偵查機關報告該犯罪事實也。告訴之內容。只須陳述犯罪之事實已足。雖通常爲告訴者。無有不陳述其請求追訴之希望者。但爲此陳述。並非告訴之必要內容（即要素）（註）告訴亦爲訴訟行爲。故須適用一般原則。須有意思能力之人。始得爲之。又爲告訴。乃爲刑事訴訟法上之權利。稱曰告訴權。故被害人之爲告訴。並非爲其義務。又告訴之效力。通常僅足爲偵查之端緒。而在告訴乃論之罪。則爲起訴之條件。然無論爲何種告訴。均無拘束檢察官之效力。故檢察官並無必認許告訴提起公訴之義務。不過檢察官爲不起訴之處分時。應並將處分書送

達於告訴人。告訴人於接受後。得於所定期限內。聲請再議而已。

註 通說均謂惟告發乃僅報告犯罪事實。告訴則除報告犯罪事實外。並須有請求追訴之目的。余謂告發與告訴。不能以有無追訴之請求而區別之。蓋二者通常固無不陳述此項請求者。惟其均多請求追訴及處罰。故二者均能成立誣告罪。且告發於理論上並不須以請求追訴為內容。故二者之區別。只能於其主體求之。即一為被害人。一為第三人。不能於其內容求之也。

### 第二 告訴之主體

告訴之主體。即得為告訴之人。法律稱曰告訴人。與告訴權人。即告訴權之主體。應分別之。告訴權只能屬於該犯罪之被害人。若得為告訴之人。則刑事訴訟法於被害人外。尚規定有種種。茲分述之。(註)

註 通說均謂法律規定被害人外得為告訴之人。亦為告訴權主體。即告訴權人。余謂此等人僅係代被害人行使告訴權之人。

#### (一) 被害人

犯罪之被害人。得為告訴。乃第二百十三條所明定。蓋如上述。告訴權本專屬於被害人。其得為告訴。自屬當然。何謂犯罪之被害人。即被該犯罪所侵害之法益之主體也。何者為犯罪侵害之法益。乃刑法上予以之問題。應研究各犯罪之實質以決定之。該法益直接歸屬之人。即屬其主體。而為該犯罪之被害人。若



僅就該法益間接或附屬受利益之人。尚不得謂為被害人也。例如在住宅放火罪。其被害人應解為該住宅之所有人。其租借人或寄居人。並非被害人也。又法益主體如為複數。被害人自亦為複數。各獨立有告訴權。其告訴期限（二一八）亦應分別論之。

（二）被害人之法定代理人、保佐人、配偶。

第二百十四條第一項。規定此等人得獨立告訴。論其為告訴。係以自已名義獨立為之。不為被害人之意思所拘束。蓋所以保護被害人也。惟其得獨立告訴。故被害人之告訴權如因捨棄、撤回、懈怠期限等原因消滅之時。為實澈立法之本旨。應許此等人仍得告訴。又此等人之身分。應以告訴時為準。非以犯罪時為準。又被害人如有意思能力。其得自行告訴。自不待言。

（三）被害人之親屬。

第二百十四條第二項。處明被害人已死亡者。得由其親屬告訴。但不得與被害人明示之意思相反。法律於被害人死亡時。更許其親屬得為告訴者。蓋以告訴權乃為公權。專屬一身。故須特予救濟。惟有一限制。即不得與被害人明示之意思相反。故如被害人生前曾經捨棄告訴權或撤回告訴者。自不得再由此等人告訴。至親屬之範圍。應依第四條。不與被害人告訴權同。又據此項。被害人之親屬。得獨立。又第二百十六條。定明被害人之法法定代理人、保佐人、配偶。或其親屬為被告者。被害人之親屬。得獨立。

告訴。蓋恐此時僅許該法定代理人等告訴。不能充分保護被害人之利益也。既得獨立告訴。自不爲被害人或法定代理人等之意思所拘束。且亦不受被害人告訴權消滅之影響。

(四) 特種犯罪之告訴人。

刑法第二百四十五條之妨害風化罪。即四親等內之宗親相和姦罪。刑事訴訟法第二百五條第一項。定明非左列之人不得告訴。蓋以此項罪。應顧慮該各人之名譽。故只須該各人始得告訴也。

甲 本夫或其父母、祖父母、曾祖父母、高祖父母。

乙 婦女之父母、祖父母、曾祖父母、高祖父母。

刑法第二百五十六條之妨害婚姻及家庭罪。即有夫之婦與人通姦罪。刑事訴訟法第二百五條第二項。定明非本夫不得告訴。蓋以此罪。應專顧慮本夫之名譽。故定爲只限於本夫有告訴權也。

刑法第三百十五條第一項之妨害自由罪。即意圖使婦女與自己或他人結婚而略誘之罪。刑事訴訟法第二百十五條第三項。定明被略誘人之親屬。亦得告訴。但不得與被略誘人之意思相反。此罪被略誘人爲被害人。其得告訴。固不待言。法律許被略誘人之親屬。於不與被略誘人意思相反之範圍內。亦得告訴者。蓋一面顧慮被略誘人之名譽。一面又計及實際之便利也。

(五) 指定之代行告訴人。

刑事訴訟法第二百十七條。定明告訴乃論之罪。於第二百十四條第二項及第二百十六條情形。而無被害人之親屬。得以告訴者。管轄檢察官。得依利害關係人之聲請。指定代行告訴人。亦所以保護被害人。蓋告訴乃論之罪。被害人既已死亡（即二二四Ⅱ之情形）或被害人之法定代理人、保佐人、或其親屬爲被告（即二二六之情形）原本待被害人之親屬爲告訴。現並此而亦無之。自應由管轄檢察官。依利害關係人之聲請。指定代行告訴人也。所謂利害關係人。即指就告訴有利害關係之人。不問其爲法律上之關係或事實上之關係均可。

### 第三 告訴之程序。

#### （一） 告訴之管轄。

刑事訴訟法第二百二十三條。只定明告訴應向檢察官或司法警察官爲之。并未定明須該檢察官或司法警察官有管轄權。故只須係向檢察官或司法警察官所爲。即屬合法。雖就該犯罪無土地或事物管轄權。仍應接受。且如認爲有犯罪嫌疑者。在司法警察官。即應依第二百三十三條辦理。在檢察官。如屬其管轄。自應依第二百三十條辦理。即不屬其管轄。亦應依第二百三十二條辦理。又告訴應解爲不僅得向檢察官或司法警察官爲之。即向其檢察官及司法警察官之直接監督長官或上級監督長官爲之。亦屬有效。其僅以書狀向其所屬公署如檢察處或警察署所爲者。應屬有效。更不待言。又司法警

察。雖無受理告訴之權。但既係偵查之輔助機關。自亦不得拒絕。應即為轉遞或偕往。且應依第二百三十四條辦理。

(二) 告訴之程式。

告訴法律未特別規定程式。故應解為以文件或言詞為之均可。其內容只須報告犯罪事實已足。即不指定犯人。對於該犯人亦生效力。又祇共犯。雖只指定一人。對於他共犯亦生效力。此當另於後詳述。告訴以文件為之者。自應依一般文件之規定。即應分別適用第一百八十九條至第一百九十二條之規定。但雖未遵守此項規定。只須認為實有告訴之事實。亦得發生效力。若以言詞為之者。則第二百二十四條設有規定。即檢察官或司法警察官應作筆錄向告訴人朗讀。命其署名或捺指紋。

告訴應解為得用電報。此際自不能遵守一般文件之規定。又外國人或聾啞人以手勢或姿態為告訴。亦應解為有效。其得用通譯。更不待言。又外國人以外國文字告訴。亦應解為有效。

(三) 告訴之代理。

告訴許代理與否。學者中頗有爭執。刑事訴訟法就此未設明文。應解為許用代理人。已於前述。

第四 告訴權之處分。

非親告罪之告訴。僅足為偵查端緒。應由偵查機關依職權進行。告訴主體關於告訴權之處分。即有捨棄。

撤回之行爲時。均無重大影響。故法律未就此設規定。若親告罪即告訴乃論之罪之告訴。則因其係爲起訴條件。請告訴主體處分與否。自以明文規定之爲是。故刑事訴訟法於第二百十九條第一項。規定告訴人於第一審辯論終結前得撤回其告訴。法文雖就捨棄告訴權（即於告訴前所爲者）未設明文。然既許撤回告訴。自無不許捨棄告訴權之理。又第二百十九條第二項。定限撤回告訴者。不得再行告訴。捨棄告訴權者。自應同一解釋。（註）

註 日本舊刑事訴訟法許捨棄告訴權。新刑事訴訟法亦如我國無明文。學者中有肯定否定兩說。

捨棄以係於告訴前爲之。自無程式限制。且不須明示。故如在私和契約。足以認有此意思表示者。其告訴權應即認爲消滅。又撤回。法律雖亦未規定程式。解爲應準用告訴之規定。故前述第二百二十三條。第二百二十四條。及文件程式之規定。於撤回告訴。亦有準用。惟在審判中撤回者。自應向法院爲之。至撤回之時期。只須在第一審辯論終結前。隨時皆可爲之。惟在第一審宣告辯論終結後。則再不許撤回。蓋以此時已審理成熟。適於判決。不宜更許撤回。以免法院徒勞也。

捨棄及撤回。乃爲一般犯罪告訴權之消滅原因。以外法律尚有就特定犯罪。規定其特別消滅原因者。如刑法第二百五十九條第二項。及刑事訴訟法第三百四十條。第三百四十七條第三項之規定是也。以外刑事訴訟法更關於親告罪告訴之撤回。設有應適用告訴不可分之原則之規定。即對於共犯之一人撤

回告訴者其效力及於其他共犯。(二二〇)

第五節 告訴之效力。

(一) 非親告罪之告訴其效力如何。應分別論之。

甲 不問其是否合法并有效。均足為偵查之端緒。蓋偵查犯罪。本為偵查機關之職權。故雖無效之告訴。亦足促偵查之發動也。

乙 告訴雖屬合法有效。亦無拘束偵查機關之效力。檢察官着手偵查並提起公訴與否。仍應依職權判斷決定之。不過告訴人有受起訴或不起訴處分書送達之權。並於為不起訴處分時。有聲請再議之權。

(二四七、二四八、二五六) 除此訴訟程序外。更得依行政程序請求該管監督長官行使監督權。自不待言。

丙 告訴因無告訴權或違背規定而致無效時。該管機關自無受理之義務。此項告訴人。亦無受不起訴處分書送達及聲請再議之權。不過違背規定而可以補正者。得命其補正。

丁 告訴雖不合法而未生效。但亦能構成誣告罪。

(二) 親告罪告訴之效力。亦得分論之如次。  
甲 親告罪之告訴。乃為該罪之起訴條件。告訴要俾。又可分別違之。

1 親告罪有二種。第一種爲絕對親告罪。一稱對物親告罪。即告訴只須對於獲罪事實爲之。故風須報告犯罪事實。無須指定犯人。即誤指非犯罪人爲犯人。其告訴亦屬有效。第二種爲相對親告罪。一稱對人親告罪。此係因具有特種關係之人犯罪。始由法律定爲親告罪。故其告訴自須對於該特定人爲之。故不僅須表示犯罪事實。並須指定犯人。苟未指定犯人。斯爲無效。親告罪屬於前者爲原則。屬於後者。均係因法律之特別規定。如刑法第三百四十一條第二項、第三百六十一條第二項、第三百六十八條第二項之規定是也。

2 親告罪告訴之性質。學者中有四說。第一說謂爲訴訟要件。第二說謂爲處罰要件。第三說謂爲訴訟要件並處罰要件。第四說謂或爲訴訟要件或爲處罰要件。應依情形定之。第一說爲通說。尙於我國刑法及刑事訴訟法之解釋。亦以從此說爲宜。蓋刑法對於親告罪。仍定明爲罪。不過須告訴乃論。而刑事訴訟法亦於第二百四十三條。定明撤回告訴。爲起訴權消滅之原因。又於第三百十八條。定明未經告訴或已撤回。應諭知不受理之判決。以與第三百十六條及第三百十七條。原定不成犯罪或免除其刑之情形相別。而不應諭知無罪或免訴之判決。則告訴之應爲起訴條件。固已彰彰明甚。且即立法精神言之。法律認許親告罪之趣旨。不外二種。第一種。係因不待告訴即行追訴。恐愈以引起被害人之不利。爲通常之親告罪。多係因此趣旨而設。第二種。係因犯罪之實

害較微。追訴之時。以顧慮被害人之感情爲宜。如上述對人之親告罪。即係因此趣旨而設。無論出於何種趣旨。均以解告訴爲追訴之條件爲宜。

告訴既僅爲起訴要件而非處罰要件。故檢察官在未經告訴以前。應解爲仍得開始偵查。司法警察官及司法警察。亦得爲法定之處分。蓋既非處罰要件而仍爲犯罪。偵查機關自有偵查之職責也。不過偵查結果。雖認爲成立犯罪。如無告訴。亦不得起訴。如誤爲起訴。法院即應諭知不受理之判決。(二一八三)

乙 告訴如係非依法得爲者所爲。自不生效力。但只須係由得爲之人所爲。即令係違背程式。或代理權欠缺。亦不能解爲根本無效。仍應許其補正。故在檢察官或法院。均應先命補正。須已確定不補正。或不能補正之時。始確定不生效力。又檢察官於未經告訴而逕行起訴者。應解爲在第一審判決未諭知以前。尙許追復。一經追復。其原爲之起訴及審判。尙屬完全有效。(註)

註 學者亦有主張告訴不得補正及追復者。余謂解爲許其補正。追復。方合於實際。

(三) 告訴附有條件或期限時。其效力如何。學說雖尙不一致。余謂應就各具體情形。視告訴人有真爲告訴之意思與否以決定之。即告訴人真意仍在要求追訴。所附加之條件或期限。並非其所注重。則應認其所附條件或期限爲無效。而認其告訴爲有效。反是如告訴人之意思。實注重其所附加之條件或



期限。而以其告訴爲不可分離者。則應認其告訴爲無效。所以如是解釋者。蓋參酌法律本旨及告訴人之意思也。夫自刑事訴訟法之本旨言之。刑事訴訟行爲。原期其確實迅速。告訴許附條件或期限。則與此本旨相違。但法律於親告罪設告訴之限制。亦爲尊重告訴人之意思。故如告訴人意思必注重其所附加之條件或期限。則以其與告訴行爲之效力應使其確實迅速之本旨相違。自不能使其生效。否則可逕視其告訴與未附條件或期限同。單獨生效。庶國家之刑罰權。亦因得以實施。此所以參酌法律本旨及告訴人意思。而爲如上之論斷也。

## 第六 告訴之時期。

得爲告訴之始期。自爲告訴權發生之時。亦即犯罪成立之時。此無待深論。（實際得告訴之時自在告訴權人知悉犯罪以後）茲所應論究者。即得爲告訴之終期。分別論之如次。

- (一) 一般犯罪得爲告訴之終期。未經法律特設限制。故在此等犯罪。應解爲至公訴權消滅之時爲止。均得爲之。蓋以此種犯罪之告訴與其他訴訟行爲之效力無關。不設時期之限制。反於實際便宜故也。
- (二) 但親告罪之告訴。則刑事訴訟法於第二百十八條設有終期之限制。即告訴人應於知悉犯人之時起六月內爲之。蓋以此項犯罪之告訴。乃爲起訴條件。追訴與否。長使受告訴人之牽制。而呈不定之狀態。殊於公安有害。自以規定告訴權行使之期限爲宜也。故經過此期限。告訴權即爲消滅。此所謂知

悉犯人應解爲無庸確知犯人之姓名。只須能於特定某人爲犯罪人之程度知悉之已足。雖有共犯。亦只須知悉共犯之一人已足。無庸知悉其全部。此所謂告訴人。即指得爲告訴之人。不限於被害人。凡得爲告訴者。其期限應就各人分別論之。故僅一告訴權人知悉。而他告訴權人未經知悉者。對於他告訴權人。尙不能適用本條。而認其告訴權消滅。又期限之計算方法。自應依一般規定。即第二百零四條至第二百零七條之規定。均應適用。且遲誤期限時。並得適用第二百零八條以下聲請回復原狀之規定。

### 第七 告訴之範圍。

告訴之範圍。有所謂告訴不可分之原則。乃與公訴不可分及審判不可分之原則相對應。學說上分爲二方面。即雖僅對於犯罪之一部爲告訴。其效力亦及於全部。此所謂客觀不可分也。又雖僅對於共犯之一人爲告訴。其效力亦及於其他共犯。此所謂主觀不可分也。刑事訴訟法第二百二十條。僅就親告罪主觀不可分之原則。設有規定。蓋以客觀不可分之原則。無待明文。至一般犯罪之告訴。既於追訴無重大關係。自無不可分原則之特別適用。故亦無特設明文之必要也。

上述不可分之原則。對於告訴之撤回。亦應適用。刑事訴訟法亦於同條僅就親告罪之主觀方面規定之。

### 第八 準親告罪之請求。

刑法於告訴乃論之罪以外。更定有請求乃論之罪。即刑法第一百二十二條之罪。詳言之。即該條內對於

友邦元首故意妨害名譽之罪。及第一百二十六條之罪。詳言之。即意圖侮辱外國。公然損壞。除去。或污辱外國之國旗國章之罪。同法第一百二十七條。定明須外國政府請求乃論是也。此種犯罪。其性質乃與親告罪相同。即一則以告訴為起訴條件。一則以請求為起訴條件。故亦可謂為準親告罪。關於此種犯罪之請求。刑事訴訟法於第二百五條第一項定。明得經外交部長咨請司法部長令知該管檢察官。即關於其請求之程式。毋庸依第二百二十三條及第二百二十四條辦理。僅得由外國政府請求外交部長咨請司法部長令知該管檢察官偵查。又於第二項。定明應準用第二百十九條及第二百二十條之規定。即外國政府於第一審辯論前。得撤回其請求。撤回請求者。不得再行請求。又對於共犯之一人請求或撤回請求者。其效力及於其他共犯。至就請求之時期。不定為準用告訴之規定者。蓋以請求須經外交手續。限制時期。不便於實際故也。

## 第二項 告發

### 第一 告發之意義

告發 (Anzeige) 者。第三人報告犯罪事實於偵查機關也。故告發雖與告訴。自首。同係由外部向偵查機關報告犯罪。但為報告之主體。各有不同。告訴。係由被害人及其他依法得為告訴之人所為。自首。係由犯人所為。告發。則係此等人以外之第三人所為。又以其須由第三人自外部報告。故由偵查輔助機關之司法

警察官或司法警察。向檢察官報告犯罪。不得謂之告發。又由偵查機關或其輔助機關。向其上級機關或監督長官報告犯罪。亦不得謂之告發。又告發只須報告犯罪事實。故為告發時。只須知悉犯罪。不須知悉犯人。更不須就犯人請求處罰。

### 第二 告發權及告發義務

凡知悉犯罪之第三人。均有告發權。刑事訴訟法於第二百二十一條定明此旨。即不問何人。知有犯罪之嫌疑者。均得為告發。

告發原則雖僅為權利。但例外亦有為義務者。刑事訴訟法又於第二百二十二條定明此旨。即公務員因執行職務而知有犯罪之嫌疑者。應為告發。適用此條規定。僅限於公務員於執行職務上所發見之犯罪。如推事訊問證人發見其為偽證之時。是故公務員僅於執行職務之際。發見與其職務無關之犯罪。則無此義務也。又違背此義務者。除有特別制裁之規定外。通常自僅負行政上之責任。

### 第三 告發之程序

#### (一) 告發之管轄

刑事訴訟法於第二百二十三條。有明文規定。

#### (二) 告發之程式

告發亦如告訴。言詞、文件均可。刑事訴訟法就以言詞爲告發時。於第二百二十四條設有規定。

### (三) 告發之代理。

告發得由人代理與否。法律亦無明文。以與告訴同一解釋爲宜。

以上可參看第二項第三告訴程式之說明。

### 第四 告發之效力。

告發不問其合法與否。均儘足以爲偵查之端緒。別無其他訴訟法上之效力。檢察官進行偵查並起訴與否。固完全不受其拘束。即爲不起訴之處分時。亦非如告訴有使其知悉結果之義務。

### 第四項 自首

#### 第一 自首之意義。

自首者。犯人於犯罪發覺前。自向偵查機關報告自己之犯罪事實也。(參照刑法三八二)故自首之含義有二。(一)係犯人報告自己犯罪。故雖報告犯罪事實。而未報告係自己所爲。不得謂爲自首。(二)係於犯罪發覺前報告。故犯人於犯罪事實或犯人發覺後始行報告。縱令出於自動。亦僅得認爲自白。亦不得謂爲自首。

#### 第二 自首之程序。

自首與告訴、告發同為報告犯罪事實。性質相類。故刑事訴訟法於第二百二十六條。規定準用第二百二十三條及第二百二十四條關於告訴、告發之規定。可參看第二項第三告訴程序之說明。

### 第三款 偵查之實施

#### 第一項 檢察官之實施

##### 第一 偵查之手段。

偵查機關為檢察官。其目的乃在準備並實行公訴。均於前述。故得實施偵查者。原則僅屬檢察官。至其實施之手段。只係為達上開目的所必要。自別無限制。且依刑事訴訟法之規定。檢察官並有強制處分權。凡法院或審判長受命推事所得為之一切強制處分。檢察官亦得為之。故只須在偵查中。凡被○之傳喚（三五Ⅱ）拘提（四四Ⅱ）訊問（參照二四一）羈押（六七Ⅱ）證人鑑定人之傳喚訊問（八七Ⅱ、一一七並參照二四一）及證人之拘提（九六Ⅰ、四四Ⅱ）並扣押（一三八）搜索（一四二Ⅱ、一四五）勘驗（一五六Ⅱ）等強制處分。檢察官均得為之。但實施偵查之際。查於被告有利及不利之情形。一律注意。此則刑事訴訟法第二條所明定者也。

##### 第二 偵查之客體。

實施偵查之客體。為犯人及證據。乃為第二百三十條所明定。即檢察官只須知有犯罪嫌疑。即應舉其全

力。偵查該犯罪之犯人及證據。

### 第三 偵查之合併。

此即將二以上之案件。合併於一程序。實施偵查也。只須檢察官就該各案件有管轄權。並認合併偵查爲便宜。即可任意行之。以外無須何等條件。但刑事訴訟法第二百三十一條。則僅就牽連案件。經二以上之檢察官。已分別開始偵查之情形。設有規定。即此時得經各該檢察官之同意。由其中一檢察官併案偵查。適用本條。只須爲牽連案件。至其管轄是否屬於一法院。固可以不問也。（參照一四、一五、一七）

### 第四 偵查之轉移。

檢察官實施偵查。雖應適用一體不可分之原則。但刑事訴訟法於第二百三十二條。設有特別規定。即於案件不屬其管轄之時。應分別爲左列處分。

- (一) 未着手偵查前。即知有此情形者。應通知該管檢察官。惟此際仍應準用第七條規定。自不待言。
- (二) 已着手偵查。而後知有此情形者。應移送該管檢察官繼續偵查。故仍應準用第六條規定。其以前程序。並不因之失效。

又檢察官知有犯罪嫌疑。而認爲案件不屬通常法院管轄之時。法律就此未設明文。解爲亦應準用上述規定。分別通知或移送該管官署辦理。

## 第五 輔助之要求。

檢察官之輔助機關。本有司法警察官及司法警察。其實施偵查。自得隨時指揮或命令之。惟刑事訴訟法更設有得請左列之人輔助之規定。惟適用該各條。均以有急迫之情形為限而已。

(一) 遇有急迫情形。得請在場或附近之人為相當之輔助。(二三五)

(二) 遇有急迫情形。得請附近軍事長官派遣軍隊輔助。(二三六)

## 第六 報告之要求。

檢察官關於偵查事項。得請該管公署報告。(二四〇)此即定明檢察官關於偵查事項。只須認為必要。即得請求該管公署報告。所謂該管公署。即指就該偵查事項。有掌管權限之機關也。一經檢察官請求。即有報告之義務。無論檢察官係以文件或言詞請求均可。又檢察官請求其報告。亦不限於文件。即前往該機關。當面請求其以言詞報告亦可。所謂報告者。即就其職務上所知悉者。為必要之說明也。

## 第七 偵查之密行。

刑事訴訟法於第二百三十七條。特定明偵查不公開之。蓋偵查密行。乃為一大原則。非如此不足以達偵查之目的。並保護嫌疑人之名譽也。再本條不僅對於檢察官施行偵查有適用。即對於司法警察官及司法警察施行偵查。亦有適用。惟此為訓示規定。雖不遵守。亦不能謂其處分為無效。



## 第八 被告之保護。

偵查權爲刑罰權之作用。檢察官既認被告有犯罪嫌疑而對之施行偵查。被告固應絕對服從。但被告之利益。究不可蔑視不顧。故刑事訴訟法。於偵查中。設有次述保護被告之規定。

(一) 被告因疾病或其他正當理由。不能傳喚到案者。檢察官得就其所在訊問之。(一三六)故被告受傳喚時。得陳明不能到案之理由。若屬正當。檢察官不但不應拘提。並得就其所在訊問之。惟此時檢察官亦無就訊之義務。

(二) 被告得聲請檢察官爲有利於被告之必要處分。(一三九)此蓋以檢察官偵查時。往往不注意被告利益之方面。故特爲定明。被告有聲請檢察官爲有利於己之必要處分之權利。以與第二條參照。應解爲只屬必要處分。檢察官即有准許施行之義務。又本條應解爲對於司法警察官及司法警察亦應準用。

(三) 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。(二四二)此蓋爲與被告以辯明犯罪嫌疑之機會。(參照六三)訊問證人、鑑定人時。如許被告在場者。除與案情無關者得禁止詰問外。應許被告親自詰問。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。(二四二II)此與第二百九十條相當之規定。通常許被告在場與否。檢察官固得酌量定之。但若有本項情形。則應許被告在場。否則為違法。惟於恐證人鑑定人於被告前不能自由陳述時。則仍得不許在場。

### 第九 書記官之在場。

訊問被告證人鑑定人。搜索。扣押。及勘驗。應命書記官在場。但有急迫情形。檢察官得親自執行書記官之職務。(二四一)此蓋為慎重起見。於為該各項處分時。通常應命書記官在場。制作各種筆錄。否則其程序為違法。惟於有急迫情形時。則毋庸書記官在場。檢察官得親自制作筆錄。此所謂急迫情形。即指有不能待書記官在場之情事也。

### 第十 偵查筆錄之制作。

偵查應作筆錄。記載一切程序。此項筆錄。應由檢察官署名蓋章。(二五七)此即謂凡偵查程序。依法應作筆錄者。均應制作筆錄。此筆錄除適用第一百八十八條至第一百九十條之規定外。並應由檢察官署名蓋章。惟係由書記官開作者。如書記官已署名蓋章。檢察官未署名蓋章。於筆錄之效力。亦無影響。

### 第二項 輔助機關之實施

司法警察官及司法警察。均屬偵查之輔助機關。故除與檢察官有同等職權者外。(二二七)實施通常之偵

查處分。一則須受檢察官之指揮。一則須受檢察官之命令。其得獨立實施者。僅以次述規定之處分為限。  
可參看本節第一款第五項第二之說明。

第一 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。應實施左列處分。(二)

(三)

(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。

第二 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。並應實施前述(一)

及(二)之處分。(三)(四)

#### 第四款 偵查之終結

##### 第一項 概說

司法警察官及司法警察。既不得獨立實施偵查。故除司法警察官。對於違警法罪。得為偵查及終結者外。對於其餘犯罪。即令例外有着手並實施偵查之事。亦只應將其結果報告並移送於檢察官。仍由檢察官正式施行偵查。並處分其結果。故終結偵查之權。要僅屬於檢察官。即與檢察官有同一職權之司法警察官。亦僅

有施行偵查之權。決無終結偵查處分，以決定其結果之權也。

終結偵查有一限制。即犯人不明者。於起訴權消滅前。不得終結偵查。此蓋恐因恐終結偵查而致起訴權之时效仍進行也。(參照刑法一〇〇)所謂犯人不明者。即不能查明何人為犯罪之人也。此時雖不能起訴。但仍應繼續偵查。即令事實上已難有結果。仍不得終結。

### 第二項 終結程序之種類

終結偵查之處分。可分為次述三種。

#### 第一 移送。

即檢察官於偵查後。知該犯罪不屬其管轄者。應即移送該管檢察官(二二二)此已於前述之矣。

#### 第二 不起訴。

##### (一) 不起訴之情形。

甲 檢察官認為案件有左列情形之一者。應不起訴。為第二百四十四條所明定。即本條乃規定應不起訴之情形。

1 起訴權已消滅者。起訴權消滅之直接原因。乃第二百四十三條所明定。如檢察官認為有該各款情形之一。應為不起訴之處分。固不待言。即認為有間接消滅原因。亦應適用本款。予以不起

訴。餘可參看第一節第五款之說明。

2 犯罪嫌疑不足者。檢察官起訴。固只須依偵查所得之證據。認被告有犯罪嫌疑。(二五三)。

但如依所得證據。認為嫌疑不足。則自應不起訴。

3 行為不成犯罪者。即行為於法律上不為犯罪。自不應起訴。例如有刑法第二十四條、第三十條第一項、第三十四條、第三十五條情形之一之時是也。

4 法律應免除其刑者。即雖成立犯罪。而依法律應免除其刑者。亦不應起訴。適用本款。只以刑法或特別刑法特予定明應免除其刑者為限。如刑法第一百八十三條、第三百七十八條之規定。

是。若僅定明得免除其刑。例如第三十六條、第三十七條第一項、第三百四十一條第一項、第三百六十一條第一項、第三百六十八條第一項之規定。則僅屬裁判上得免除其刑。並非依法應免除其刑。自仍應起訴。不得為不起訴之處分也。

5 對於被告無審判權者。蓋以檢察官只得向通常刑事法院起訴。若所屬同級法院或其他通常法院均無審判權。自不應起訴。決定審判權之有無。應以偵查終結時為標準。非以犯罪行為時為標準。只須在終結偵查時。已因被告有特別關係。依法不能由通常法院審判。即應不起訴。

乙 檢察官認為案件具有左列情形者。得不起訴。為第二百四十五條所明定。即本條乃規定得不起

訴之情形。僅係得不起訴。究竟起訴與否。檢察官仍得依其意見決定之。

1 屬於初級法院管轄者。此即限於刑事訴訟法第八條所揭之罪。

2 情節輕微。以不起訴為有實益者。此即謂從客觀觀察。犯情及損害並不重大。而處罰無實益者而言。

3 被害人亦不希望處罰者。即被害人對於被告之感情。亦應以為決定標準之一。

上述規定。乃對於第二百五十三條第一項即合法主義之例外規定。乃於極嚴格限制之下。使檢察官得酌依便宜主義。條文既未定明左列情形之一字樣。通常自須合於三款條件。始得不起訴。惟如實具備前二款條件。而該罪本無被害人。或其被害人為國家或官公署。事實上難望其陳述不希望處罰之意思者。亦得不起訴。

丙 被告犯數罪時。其一罪已受或應受重刑之判決。檢察官認為他罪雖行起訴。於應執行之刑無重大關係者。得不起訴。但應於筆錄記明之。(二六一丁)此亦為第二百五十三條第一項之例外規定。所謂不起訴。乃暫緩起訴之義。故僅須記明其處分於筆錄。毋庸另制作處分書送達於關係人。(參照二四六、二四七)故嗣後因一罪判決結果。認為他罪仍應起訴者。對於該罪仍得起訴。不受第二百五十二條之適用。

(二) 不起訴之處分。

甲 案件不起訴者。應制作處分書。敘述事實上及法律上之理由。(二四六)此蓋以不起訴之處分。於被告及告訴人並以外之被害人等。均至為重要。故定為其程式應以文件為之。且應敘述事實上及法律上之理由。是曰不起訴處分書。除應適用第一百八十九條。第一百九十條外。並應將被告及案件記明。自不待言。

乙 不起訴之處分書。應以正本送達於被告及告訴人。且其送達。自處分後。至遲不得逾七日。(二四七)定為應送達被告者。蓋為使被告知悉其結果也。如被告就同一案件。更被起訴時。即得執此處分書。依第二百五十二條以為主張。定為應送達告訴人者。蓋亦為使知悉其結果。且以便聲請再議也。至七日之期限。為訓示期限。雖不遵守。亦非違法。

再告訴人以外之被害人或其他關係人。如請求鈔給該項處分書。自亦得鈔給之。

(三) 不起訴處分之不服及其核定。

告訴人接受不起訴處分書後。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。(二四八)此規定告訴人聲請異議之權利及其程式。即聲請再議。為告訴人在刑事訴訟法上之權利。其行使之人。通常固為原告告訴人。但其他依法得為告訴之人。亦得為之。至其程式。應以書狀敘述不服之

理由。經由原檢察官爲之。且應分別適用第一百八十九條至第一百九十二條之規定。其期限爲七日。乃不變期限之性質。應適用一般期限即第二百零五條以下之規定。故其起算。應自送達處分書之翌日。

原檢察官認爲聲請有理由者。應撤銷其處分。繼續偵查或起訴。(二四八Ⅱ)聲請再議書。應經由原檢察官。即爲原檢察官得首先調查。如認爲聲請不合程式。得逕爲駁回之處分。如認爲有理由。則應撤銷原處分。分別酌定繼續偵查或起訴。

原檢察官認爲聲請無理由者。應將該案卷宗及證據物件。送交上級法院首席檢察官。(二四八Ⅲ)此蓋爲使上級法院首席檢察官得爲核定也。

地方或高等法院管轄案件。其聲請再議。除依前述辦法外。原法院首席檢察官。得於送交上級法院首席檢察官以前。指定其他檢察官再行偵查。其結果如仍係維持原不起訴處分者。應即送交上級法院首席檢察官。(二四九)此蓋爲此等案件。應特別慎重。故於有再議聲請時。得由原法院首席檢察官。指定他檢察官再行偵查。如認爲有理由。亦得撤銷原處分而爲起訴。惟仍係維持原不起訴處分者。則仍應送交上級法院首席檢察官核定。

上級法院首席檢察官認爲聲請無理由者。應駁回之。其聲請有理由者。應分別爲下列處分。甲、偵查處



分未完備者。命令下級檢察官續行偵查。乙、偵查處分已完備者。命令下級檢察官起訴。(二五〇)此即定明上級法院首席檢察官核定再議聲請之權限並其處分。認聲請無理由者。應予駁回。其聲請不合法。雖無明文。亦當然應予駁回。若認為有理由。則應撤銷原處分。分別情形。命令下級檢察官。或續行偵查。或起訴。

聲請再議人。於其聲請為上級法院首席檢察官駁回時。在訴訟上固不得再行聲請不服。但尚得依行政程序呈訴。即得向該上級法院首席檢察官之上級監督長官。請求其行使監督權。如其長官認其核定為不當。仍得命其再行核定。

#### (四) 不起訴之效力。

甲、羈押之被告。受不起訴之處分者。以撤銷押票論。但再議期限內。及聲請再議中。遇有必要情形。得命羈押之。(二五一I)此蓋以對於被告既不起訴。則羈押原因。可謂已消滅。故雖未為撤銷押票之處分。亦應以撤銷押票論。是為原則。惟有例外。即在再議期限內。又已聲請再議者。在未經處分終結以前。如認為必要。仍得命繼續羈押。不予釋放。

乙、扣押之物件。應即發還。但應沒收或為偵查他罪或他被告之用者。不在此限。(二五一II)此蓋以扣押多為證明被告有罪而為。既不起訴。原則自應發還。惟例外係應沒收者。或可為偵查他罪或他

被告之用者。則仍不應發還。

丙 不起訴之案件。非發見新事實或新證據者。不得對於同一案件再行起訴。(二五二)此為保護被告起見。特定明案件一經處分不起訴。以後對於同一案件。原則不得再行起訴。惟例外發見新事實。新證據時。仍許起訴。此所謂同一案件者。即為同一被告并為同一犯罪行為也。所謂新事實。新證據者。即於原處分書未經記載之事實。並未採用之證據也。其事實及證據。不必在處分後始行發生。亦不必在處分後始行知覺。又檢察官無新事實。新證據而仍起訴。則法院應認其起訴之程式為違背規定。應諭知不受理之判決。再法律只定明不得起訴。非謂不得偵查。故為發見新事實。新證據。仍施行偵查。自屬合法也。

### 第三 起訴。

(一) 起訴之情形。

此為第二百五十三條所明定。即檢察官依偵查所得之證據。足認被告有犯罪嫌疑者。應向管轄法院起訴。被告所在不明者亦同。蓋偵查之目的。原在查明犯人及證據。故如依偵查所得之證據。足認被告有犯罪嫌疑。即應向管轄法院起訴。只須查明被告為犯人。即所在不明。亦得起訴。

(二) 起訴之處分。

起訴之案件。準用第二百四十六條及第二百四十七條關於制作處分書及送達之規定。為第二百五十六條所明定。即起訴之處分。其程式應依第二百四十六條。其送達應依第二百四十七條。此項處分書。稱曰起訴書。其原本應向管轄法院提出。至送達於被告及告訴人者。則為其正本。再起訴書之程式。另於第二百五十八條第一項有規定。以外尚應適用第一百八十九條、第一百九十條。

### (二) 起訴之合併。

牽連案件。由二以上之檢察官分別偵查者。得經各該檢察官之同意。由其中一檢察官併案起訴。為第二百五十五條所規定。此蓋以牽連案件。原得由法院併案受理。(一五丁、一七丁)如係由二以上之檢察官分別偵查者。自得經各該檢察官同意。由其中一檢察官併案起訴。以免更依第十五條第二項、第十七條第二項。由法院為併案受理之程序也。

## 第三節 起訴

### 第一款 起訴之意義

起訴必本於訴權。即起訴權。起訴權之意義。及其發生、消滅之時期。均已於前述之矣。茲再述起訴之意義。何謂起訴。即原告向法院請求以判決確定刑罰權並其範圍之意思表示也。刑事訴訟法。係嚴守不告不理之原則。(即採告劾主義)刑事訴訟。非經起訴。不得開始。狹義之刑事訴訟關係。亦因起訴而後發生。得起訴之

原告有二。而由檢察官所為者。則又稱曰提起公訴。其性質乃為意思表示。其內容乃在請求以判決確定刑罰權並其範圍。故同一由檢察官請求法院處刑。而請求以命令為之。不以判決為之者。則亦不曰起訴。(參照四六一)

### 第二款 起訴之條件

起訴之條件。為訴訟條件之一。亦即狹義之訴訟條件。已於前述。起訴如不具備條件。斯起訴為不合法。僅能發生形式之效力。不能發生實質之效力。申言之。法院此時對此種起訴。雖不能不予以裁判。但僅能為形式之裁判。不能為實體之裁判。又起訴條件。雖應於起訴時調查。但於起訴後亦不可不注意之。故雖於起訴時具備而起訴後若行欠缺時。亦與起訴時未具備者同。仍不能為實體之裁判。起訴條件。亦可分為二種。

- (一) 一般條件。即不問何種訴訟均須具備之條件也。大致為左列各項。
  - (一) 該檢察官有管轄權。(參照三三二及法編法九二)
  - (二) 被告有當事人能力。此問題只就法人始能發生。(參照上部第一編第二章第二節第二之說明)
  - (三) 法院對於被告有審判權。(參照三二八)
  - (四) 法院對於該案件有管轄權。(參照三二九)

(五) 起訴權尚未消滅。(參照三二七工)

(六) 合於起訴之程式。(參照三二八工)

(七) 該案件尚未發生訴訟拘束。(參照三二八2)

(八) 須起訴未經撤回。(參照三二八4)

第二 特別條件。即在特種犯罪始須具備之條件也。特別條件中之最著者。即告訴乃論或請求乃論之罪。須有合法之告訴或請求。

### 第三款 起訴之程序

第一 起訴應以書狀爲之。記載左列事項。(二五八工)

(一) 被告之姓名、性別、年齡及其他足資辨別之特徵。

(二) 犯罪事實、起訴理由、及所犯之法條。

上述事項內被告及犯罪事實。乃爲起訴之具體內容。即爲訴之要素。故其記載爲起訴之必要程式。若欠缺記載。即屬起訴之程序違背規定。(二二八一)不能謂有合法之起訴。至起訴理由及所犯法條。不過因便宜規定其應記載而已。雖不記載。究不發生起訴不合法之問題也。又被告亦只須於得與他人區別之程度記載之已足。即未如規定所列之詳。亦不得謂爲不合法。犯罪事實。亦僅應於得與他犯罪事實區別

之程度記載之已足。其詳略固仍可由檢察官酌量也。

第二 起訴應將該案卷宗及證據物件一併送交法院。(二五八II)蓋為使法院進行審判。乃當然之規定也。

#### 第四款 起訴與他罪或民事之關係

第一 被告犯數罪時。其一罪已受或應受重刑之判決。檢察官認為他罪雖行起訴。於應執行之刑無重大關係者。得不起訴。但應於筆錄記明之。(二六一I)此已於前述。

上述情形。其他罪起訴在前者。法院得依檢察官之聲請。停止其審判。(二六一II)此蓋為便於檢察官得撤回起訴。(二六四I)或法院定應執行之刑(參照刑法七二)也。至法院對於該聲請之准駁。自仍得依自由意見定之。

因一罪應受重刑之判決。而停止他罪之審判者。檢察官於該一罪確定後一個月內。得因其情節。聲請他罪審判。(二六一III)此規定法院依聲請停止審判後。檢察官應為之處分。即得酌量情節。仍於一罪確定後一月內聲請審判。此亦僅訓示規定而已。

第二 一罪是否成立。以他罪為斷。而他罪已經起訴者。檢察官於該一罪起訴時。應聲明其起訴以他罪之成立為條件。(二六一I)此蓋為使法院為次述之處分也。一罪之成立以他罪為先決問題者。如贓物罪

之與竊盜罪是也。此二罪固得由法院各別獨立審判。但他罪如亦經起訴。檢察官自應聲明。此亦爲訓示規定也。

上述情形。其一罪起訴在前者。法院於他罪判決確定前。應停止其審判（二六二Ⅱ）此蓋恐二罪之裁判有抵觸之虞也。亦爲訓示規定。

第三 犯罪是否成立。及刑罰應否免除。以民事法律關係爲斷。而民事已經起訴者。檢察官於該罪起訴時。應聲明其起訴以民事之裁判爲條件（二六三Ⅰ）此亦爲使法院爲次述之處分也。犯罪是否成立以民事法律之裁判爲先決問題者。如通姦罪（刑法二五六）之與婚姻不成立或無效之訴之裁判是。刑罰應否免除以民事法律關係爲斷者。如親屬間贓物罪（刑法三七八）之與立嗣或婚姻成立之訴是。刑事法院本亦得就該先決問題獨立裁判。惟該先決問題。既經先已提起民事訴訟。檢察官自以聲明爲宜。此仍爲訓示規定。

上述情形。其刑事起訴在前者。法院於民事裁判前應停止其審判（二六三Ⅱ）此亦爲妨裁判之抵觸。亦爲訓示規定。

## 第五款 起訴之撤回

### 第一 撤回之允許。

檢察官雖不許其豫行捨棄起訴權。但刑事訴訟法仿他國多數立法例。許檢察官於已提起之公訴得行撤回。且法律於其撤回之條件。並未設有限制。故只須檢察官認為起訴不宜。即可將其撤回。不過自通常言之。總應慎重出之。非認為該案係欠缺處罰條件或起訴條件。不宜輕為撤回也。

### 第二 撤回之時期。

撤回之條件。法律雖無限制。但撤回之時期。法律於第二百六十四條第一項設有限制。即須在第一審審判開始前始得為之。至審判開始之時期。究應如何解決。第二百七十五條。雖定明係在書記官朗讀案由之時。余意此時以解為狹義為宜。只須在檢察官陳述案件要旨之前。尙得為之。（參照二七七）

### 第三 撤回之程式。

撤回之程式。法律別無規定。通常應以書狀為之。但在審判日期。即於審判開始之時。以言詞為之亦可。不過應由書記官記載於筆錄而已。

### 第四 撤回之效力。

起訴一經撤回。其結果即致喪失起訴權。故刑事訴訟法第二百六十四條第二項。定明不得再行起訴。故撤回起訴與不起訴。效力不同。後者告訴人尙得聲請再議。檢察官亦得繼續偵查。如發見新事實。新證據者。仍得起訴。前者則於訴訟上別無不服方法。起訴權即間接因以消滅。以後就同一案件。不得再行偵查。



或起訴。

起訴雖經撤回。但案件並不即此終結。法院此時應依第三百十八條第四款。諭知不受理之判決。

已經撤回起訴之案件。如更經偵查或起訴者。則應分別依第二百四十四條第一款及第三百十七條第一款。為不起訴之處分。或免訴之判決。

上述各種效力。當然應以撤回合法為前提。若不合法。則該案件之訴訟拘束仍屬存在。法院自應仍為實體判決。

撤回如有撤銷之原因。如係因於錯誤、脅迫等原因時。應解為在該法院諭知不受理之判決前。得向該法院請求撤銷。如在已諭知該項判決之後。亦可以此為理由。提起上訴。

### 第六款 起訴之效力（訴訟拘束）

案件一經起訴。即脫離檢察官而繫屬於法院。是即起訴之效力。學說上稱曰訴訟拘束（Rechtshängigkeit）又可稱曰案件繫屬（註）分述之如次。

註 訴訟拘束。民法及民事訴訟條例有明文用此名稱。

#### 第一 訴訟拘束之發生。

訴訟拘束。既為起訴之效力。故係於起訴時發生。（參照民訴條例二一九四）

本論 下部 各論 第一編 第一卷 第一章 公訴 第三節 起訴 第六款 起訴之效力（訴訟拘束）

案件之訴訟拘束。通常固係因起訴而發生。但在簡易程序。則其訴訟拘束。係因檢察官聲請處刑命令而發生。(參照四六一工)

## 第二 訴訟拘束之內容。

訴訟拘束之內容。亦即起訴效力之內容。又有二方面。

### (一) 對內之效力。

即法院對於該案件有裁判之權利與義務。又有二種。甲、起訴雖不合法。亦應為形式判決。即應分別諭知免訴、不受理、或管轄錯誤之判決。學說上稱此種效力為形式訴訟拘束。乙、起訴如係合法。則法院應更進而為實體判決。即應分別諭知無罪、免訴、或科刑之判決。此種效力。學說上稱曰實質訴訟拘束。

### (二) 對外之效力。

即案件一經起訴。即不得就同一案件重行起訴。此際又可分別論之。即甲、如係在同一法院重行起訴者。則該法院對於後起訴之案件。應依第三百十八條第二款辦理。諭知不受理之判決。(參照以後不受理判決之說明)乙、如係在他法院重行起訴者。則應分別依第十八條或第十九條辦理。該不受理之法院。亦應準用第三百十九條諭知管轄錯誤之判決。(參照上部管轄競合之說明)

## 第三 訴訟拘束之範圍。

訴訟拘束之範圍。亦即起訴效力之範圍。應以起訴之範圍爲準。刑事訴訟法乃嚴格採用不告不理之原則。於主觀客觀兩方面。設有次述規定。

### (一) 主觀之範圍。

即起訴之效力。不及於起訴書狀所列被告以外之人。爲第二百六十條所明定。此即揭示公訴對人主義。(排斥立法上及學說上之公訴對物主義)蓋起訴以書狀表明被告。乃爲其要件。(二五八工)並爲該訴之要素。起訴於主觀方面之效力。即由此而定。僅能及於起訴書狀所列示之被告。不能及於以外之人。故起訴之效力。與告訴之效力不同。告訴乃論之罪。對於共犯之一人告訴者。其效力及於其他共犯。(二二〇)此則相反。雖爲共犯。如未經起訴書狀記載。法院即不得審判。此即告訴主義對於犯人之應用也。

### (二) 客觀之範圍。

法院不得就未經起訴之行爲審判。爲第二百五十九條所明定。此即告訴主義對於犯罪之應用。起訴之效力。雖於主觀方面。及於起訴書狀所列之被告。但於客觀方面。若漫無限制。使法院就同一被告之一切犯罪行爲。均得審判。亦非所宜。故於客觀方面。亦使以訴之要素爲準。蓋起訴以書狀記載犯罪事實爲其要件。(二五八工)亦即該訴之要素。故起訴於客觀方面之效力。即由此而定。惟此所謂行爲。

即指起訴狀書所載之犯罪事實。只須為同一刑罰權之發生原因。法院即得審判。關於其性質及範圍。法院應不為起訴書狀之記載。(三五八I)及案件要旨之陳述(二七七)所拘束。故本條仍與次述公訴不可分及審判不可分之原則不相抵觸。只須為同一事實。即應以為同一案件審判之。縱令檢察官就該事實所主張之罪名。及犯罪內容。犯罪程度。犯罪態樣。與法院之意見不同。亦不受其拘束。故檢察官以為竊盜或傷害致死起訴者。法院得以為強搶或殺人審判之。檢察官以為刑法上之普通強搶起訴者。法院得以為懲治盜匪條例之擄人勒贖審判之。檢察官以為強姦起訴者。法院得以為強盜強姦(刑法三四九)審判之。又檢察官以為係從犯或預備陰謀犯。而法院得以為正犯教唆犯。又凡結合犯及聚合犯即牽連犯連續犯慣行犯等。起訴雖僅一部。亦得以同一事實論。又只須為同一事實。即在起訴後第二審判決前發生者。仍得審判之。

訴訟拘束之範圍。如上所述。乃所以決定公訴之內容。學說上於此有一公訴不可分之原則。與審判之範圍及既判力之範圍。均屬一致。即只須同一案件。被檢察官起訴。則就該案件全部發生訴訟拘束。(此稱曰公訴不可分之原則)即令起訴書狀。偶將該案件一部事實遺漏。法院對於遺漏部分。亦應在同一案件審判之。(此稱曰審判不可分之原則)又如判決確定時。則對於該案件全部發生確定力。即令對於該案件之一部事實遺漏裁判。均不得更行起訴。(此即既判力之範圍)

惟適用上述原則。必以同一案件爲限。案件之同一性。(Identität)又須依次述標準而決。

甲 須爲同一被告。是曰主觀同一。故雖爲共犯案件。亦應認每一被告爲各一案件。如對於他被告未經起訴或審判。則不得適用上述原則。

乙 須爲同一犯罪事實。是曰客觀同一。但是否爲同一犯罪事實。不僅應依自然觀察。并應依法律觀察。無論由何方面觀察。只須得認爲同一事實。即應適用上述原則。

#### 第四 訴訟拘束之消滅。

訴訟拘束之消滅。即起訴效力之消滅。訴訟拘束。乃與案件相終始。故非該案件完全終結。則不消滅。故其消滅時期。只爲判決確定之時。餘如撤回起訴或被告死亡等。皆非其消滅原因。蓋以新時法院仍應爲判決故也。(參照三一八45)

### 第四節 審判

#### 第一款 審判之意義

審判(Hauptverhandlung)者。因確定刑罰權之存否並其範圍所施行之訴訟程序也。簡稱之。固曰審判。詳稱之。則爲審理判決。以其係以判決爲最終目的。故審判程序。即爲判決程序。而對於公訴所爲者。又稱曰公判程序。又以其係使當事人於審判日期實行辯論。故審判又與辯論同義。審判程序。又可稱曰辯論程序。刑

事訴訟。實以審判程序爲中樞。舉凡告劾主義之形式及精神。均係於此程序發揮。即在此程序形式上必有三訴訟主體。即法院及當事人。均各居於獨立地位。各爲其應爲之訴訟行爲。而在告劾主義下應採之主義。如言詞審理主義。直接審理主義。辯論主義。公開主義。亦均在此程序盡量通用。

審判又有廣狹二義。自狹義言之。則係單指於審判日期所爲之訴訟程序。此爲審判程序之本體。普通所謂審判。均係指此。上述審判與辯論同義。亦即從此義也。但刑事訴訟法第二編第一章第三節所稱之審判。則係從廣義。即審判之準備程序。如指定審判日期。傳喚。通知。變更。(二六五至二六九)及附屬程序。如受命推事訊問被告。調查證據。(二九七)諭知判決。(三二五、三二六)發還扣押物件(三三〇)等。均包含之。審判、刑事訴訟法雖僅規定之於第一審程序中。但如上述。以其爲判決程序。故第二審、第三審法院對於上訴。或再審法院對於再審。並最高法院對於非常上訴。以判決裁判者。亦可稱曰審判。且應準用第一審審判程序。(參照三七九、四〇〇、四五六)

### 第一款 審判之開始

刑事訴訟法。係嚴格採告劾主義。故開始審判。必因於檢察官或自訴人之請求。此請求之形式。通常即爲起訴。惟在簡易程序。則爲檢察官之聲請。審判雖須待起訴始能開始。但已經起訴之案件。同級或上級法院能開始審判者。尙有次述種種情形。

(一) 牽連案件之合併受理、分別受理。(一五、一七)

(二) 指定或移轉管轄之裁定。(二三)

(三) 移送之判決。(三一、九)

(四) 上訴、再審、非常上訴之提起。(參照三八一、四四〇、五一、四五六、四三七)

(五) 發回或發交之判決。(三八五、四一一、四一二、四一三)

### 第二款 審判之準備

在實施本體之審判程序、即於審判日期為辯論以前、尚有施行準備程序之必要。此即第二百六十五條至第二百六十九條所規定者是也。以外於審判日期前、使受命推事訊問被告、調查證據。(二九七)使受託推事調查證據。並為各種強制處分。如拘提、羈押、搜索、扣押等。亦可謂為準備程序。茲僅就各條及指定辯護人並傳喚附帶民事訴訟之關係人說明之。

第一 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。(二六五) 審判既係於審判日期為訴訟行為。自首有指定審判日期、并使各關係人知悉之必要。指定日期。法律定為審判長之職權。應由審判長為之。其為裁定性質。已於前述之矣。至使各關係人知悉之方法。則被告須以傳喚行之。故隨適用第三十五條至第三十九條及次述第二百六十六條之規定。餘則僅以通知行之。自可以適當方法為

之母須履行傳喚之程序也。

第二次 第一次審判之傳票。至遲應於審判日期三日前送達。但初級法院管轄之案件。不在此限。(二六六)

本條係特為被告準備行使防禦權所設之猶豫期間。違背此項規定。則被告得拒絕到案。并到案後亦得拒絕陳述。且得對進行審判聲明異議。但究係訓示規定。雖屬違背。仍應解為與審判程序之效力無影響。且被告如當時無異議。則應喪失詰責權。又本條定明只以第一次審判為限。故凡在第一審。只須已審判一次。以後無論為續行審判。或更新審判。更審審判。均無適用。且對於受命推事之訊問及調查日期。並其他審判準備程序。亦無適用。又於第二審、第三審及再審之審判無適用。更不待言。又初級案件。甚為輕微。宜於速結。故法律亦定明無適用。

第三 被告受傳票後。得聲請將審判日期提前。(二六七I) 審判迅速終結。於被告有利。故法律許被告有聲請提前之權。為此聲請。並無須何種理由。即在第一次傳票。得聲請不存三日猶豫期間。更不待言。不過指定審判日期。屬於法院進行訴訟之職權。被告雖有此聲請。法院如有正當事由。自仍得駁回也。

第四 被告因預備辯護。得聲請將審判日期展緩。(二六七II) 此規定被告並有聲請展緩審判日期之權。不過須有因預備辯護之情形。此所謂預備辯護。應從廣義。不僅單指準備選任辯護人而言。

第五 審判長依職權或被告之聲請。變更審判日期者。應通知檢察官及被告、辯護人、輔佐人。(二六八)



所謂變更審判日期者。即於審判開始前。另指定他日期為審判日期也。此亦為審判長之權限。審判日期變更時。自應使各關係人知悉。此使知悉之方法。均僅須以通知行之。即在被告。亦毋庸更依傳喚程序。

第六 審判長應將當事人聲請傳喚並其他認為應訊問之證人。開列名單。分別傳喚。(二六九丁) 此蓋因有於審判日期訊問證人之必要時所為之注意規定。至其傳喚程序。自應適用第八十七條至第九十三條之規定。又本條係就審判開始前規定。但在審判開始後。續行審判日期前。如有必要。應為此程序。亦不待言。又鑑定。通譯。如有傳喚必要。自亦應依聲請或依職權。為選任及傳喚之程序。又關於訴訟之保全及其他證據之蒐集。亦應依聲請或依職權。於審判前適當為之。亦不待言。

當事人聲請傳喚之證人。法院認為與案情無關者。得以裁定駁回之。(二六九乙) 此亦當然之規定。傳喚證人。雖為審判長之權限。但駁回聲請傳喚之裁定。惟法院始得為之。此裁定。即為證據裁定性質。通常自係於審判日期開始後常庭諭知之。又因其屬於訴訟指揮。自不得抗告。(參照四一五) 以外關於其他證據調查之聲請。准駁之權限。亦自屬於法院。如認為與案情無關者。自亦得駁回之。

第七 審判長應注意第一百七十條及第一百七十一條。以指定辯護人。

第八 附帶民事訴訟。如係在同一程序審判者。自應更將審判日期之傳票。送達於民事原告及其他關係人。

#### 第四款 審理程序

##### 第一項 法庭之出庭者

審判日期之訴訟行爲。原則必於法院內之法庭爲之。(參照法編法五四、五六及民訴條例一九一)故刑事訴訟法。概稱於審判日期到場曰出庭。而稱於審判日期開始爲訴訟行爲曰開庭。(公判又稱曰開公判庭)茲列述應出庭之人員如次。

##### 第一 推事之出庭。

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。補充推事於定數推事有疾病及其他事故不能繼續審判時。有代行繼續審判之職權。(二七〇、I II) 審判必由定數推事(即依法編法所定之推事員數參照同法五至七)始終出庭。爲絕對必要條件。否則即爲法院之編制不合法。(參照三九一I)故審判開始後。推事有更易者。應更新之。又依法院編制法第七十三條。刑事案件審問有延至四日以上者。本得另派推事一員蒞視。爲補充推事。補充推事於庭員有疾病及他事故不能繼續審判時。有代其審問及完結之權。故本條即定明此旨。許審判長有指定補充推事之權。並使補充推事有繼續審判之權。

##### 第二 檢察官及法院書記官之出庭。

檢察官及法院書記官亦應出庭。(二七〇Ⅲ) 此亦爲行審判時必要之條件。惟檢察官及書記官均不限於始終同一人。即時有更易。尤於檢察官。即在同一日期。前後更易。亦非違法。

### 第三 被告之出庭。

審判日期。除有特別規定外。被告不出庭者。不得審判。(二七一) 此亦除後述例外。即特別規定外。爲行審判時之必要條件。故缺席判決制度。爲本法所禁止。

被告出庭時。不得拘束其身體。但得命人看守。(二七二) 蓋爲使被告行使防禦權無遺憾也。故未受拘提之被告。不得拘束其身體。固不待言。即已受拘提並羈押之被告。亦不得拘束其身體。即在押所已施戒具者。亦應解除之。違背此規定者。審判程序即爲違法。但因必要。仍得命人看守。以防其逃逸或暴行。

被告出庭後。非經審判長許可。不得退庭。審判長因命被告在庭。得爲相當之處分。(二七四) 蓋被告在庭。一面雖爲其權利。一面亦爲其義務。而包含於到案義務之內。(參照被告傳喚效力之說明)且在庭之間。亦有服從審判長訴訟指揮權之義務。故法律定明被告出庭後。須經審判長許可。始得退庭。審判長因命被告在庭。得爲適當之處置。如用適當之強制方法是也。

審判日期。因須被告出庭。故被告心神喪失或因疾病不能出庭或所在不明者。均應停止審判之程序。(二〇五Ⅰ、三〇七) 此當另於後述。(本節第九項)

審判日期。須被告出庭。固為原則。但亦有例外。毋庸出庭。或可命退庭者。即如次述。

(一) 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。但法院認為必要者得命本人出庭。(二七二) 此即示明在此等案件。被告有委任代理人之權。原則得由代理人出庭。惟法院認有必要。仍得命本人出庭。此所謂最重本刑。自應以法定刑為標準。非以裁定刑為標準。故雖情節輕微。將來裁判時得只科罰金。而其法定刑如在拘役以上。即不許用代理人。否則其程序為違法。又法院不問依何理由。只須命本人出庭。即仍有出庭義務。否則得命拘提。又拘提不得對代理人為之。又係由代理人出庭者。即與本人同視。故次述第三百十一條。於代理人亦有適用。

(二) 最重本刑為拘役或專科罰金之案件。經傳喚無正當理由不到者。得不待其陳述。逕行判決。(三一一) 蓋此等案件。甚為輕微。故定明於被告缺席時。得不待其陳述。逕行判決。惟此與通常所謂缺席判決不同。並非本於缺席之效果。仍應依實體真實發見主義以為審判。且對此判決。只得上訴。又所謂無正當理由不到。即指並無致其不能到案之相當事由而言。又雖到案。而不陳述。或拒絕陳述。得逕行判決。自不待言。(參照三一〇) 又非本條所定輕微之案件。被告不陳述或拒絕陳述時。雖亦得逕行判決。惟於被告不到案時。即係無正當理由。則只得命拘提。不得逕行判決。

(三) 審判長預料證人。鑑定人。共同被告。於被告前不能自由陳述者。得命被告退庭。再行訊問。但陳述

完畢後。應再命被告入庭。告以陳述之要旨。(二九〇) 此當另於後述。(本節第五項)

(四) 被告受法院編制法第六十一條第一款及第二款所定。命退出法庭或看管至閉庭時之處分者。應不聽其辯論。即行審判。(法編法六二) 故在此時。不問案件輕微或重大。亦得不由其在庭陳述。逕行判決。

(五) 諭知判決。被告雖不在庭。亦應宣告。(三二五) 此當另於後詳述。

#### 第四 代理人之出庭。

最重本刑爲拘役或專科罰金之案件。被告得委任代理人出庭。此已於上述。(餘可參看上部第一編第二章第三節第二款代理人之說明)

#### 第五 辯護人之出庭。

依法應用辯護人之案件。或已經指定辯護人之案件。辯護人出庭。乃爲訴訟要件。以外則雖選任有辯護人。即不出庭。仍得開始審判。(參照三九一) 及上開章節內辯護人之說明)

#### 第六 輔佐人之出庭。

雖陳明有輔佐人。但其出庭。並非訴訟要件。故不出庭。亦得開始審判。(參照上開章節內輔佐人之說明)

### 第二項 法庭之指揮訴訟權及維持秩序權

指揮訴訟權 (Prozessleitung od. Sachleitung) 及維持秩序權 (Prozesspolizei od. Sitzungspolizei) 均為審判權之作用。而為法院編制法第五十六條及第五十七條並第五十九條至第六十八條所規定。一則係關於訴訟進行。得為一定處分之權。其範圍甚廣。不僅得在法庭行使。一則係關於法庭秩序。得為一定處分之權。僅在法庭始有適用。依上開第五十六條及第五十七條規定。此權均屬於審判長。但在獨任推事。則自屬於獨任推事。(六七) 又由受命推事為審理時。該推事自亦有此權限。凡依法行使此二種權限時。在場之當事人及其他關係人。均有服從之義務。即檢察官亦然。又刑事訴訟法。因恐出庭關係人對於審判長或受命推事該項處分有不服之時。故於第二百九十九條。定明如對其處分聲明異議者。應由法院裁定之。此當另於後述。(本節第五項第九)

### 第三項 審判日期之開始

審判日期。係以書記官朗讀案由為開始。(二七五) 故僅預行指定之時刻屆至。尚非開始。必履行此程序。日期始為開始也。條文雖定明係開始審判。自係開始審判日期之義。至於開始審判程序。自在訊問被告以後。狹義審判之開始。尤應解為在檢察官陳述案件要旨之後也。書記官朗讀案由。須本於審判長之指揮。自不待言。又審判長得自行朗讀。亦不待言。(參照民訴條例一九二)

### 第四項 審理之範圍

### 第一 不告不理之原則。

刑事訴訟法關於審理之範圍。係嚴格遵守不告不理之原則。而於第二百五十九條及第二百六十條。特爲標明此旨。此已於前述之矣。

### 第二 審理之合併分離。

繫屬於同一法院之二以上之案件。合併審理。又併案起訴或併案審理之案件。分離審理。均可由法院依自由意見決定之。只須認爲於審理上便利。即得隨時爲之。並不如民事訴訟須有一定條件也。又合併審理之案件。仍得分離判決。惟分離審理之案件。則不得合併判決。

### 第五項 審理之次序

關於進行審理之次序。刑事訴訟法於第二百七十七條以下設有規定。此爲通常應行遵守之次序。但其中如調查證據及訊問被告。固可交錯爲之。又在辯論之後。認爲尙有訊問被告及調查證據之必要。固亦可再次爲之。然後又命行辯論。此均爲法律所許也。又審判非一次開庭所能終結之時。訊問被告與調查證據及辯論。固得分數次開庭爲之。又先命或續命受命推事訊問被告或調查證據全部或一部。或使受託推事調查證據。自亦均爲法律所許。不過訊問及調查結果。應於審判日期履行法定宣示之程序而已。

又審理可分爲二階段。即（一）程序上之審理。（二）實體上之審理。凡審理一案件。必先爲程序上之審理。即

調查其訴是否合法。申言之。即應調查其是否具備起訴之條件。如有欠缺。即應分別諭知第三百十八條及第三百十九條所定之判決。不得更進行實體上之審理。故實體上之審理。必於具備起訴條件之時。始得為之。此時則係調查其訴有無理由。申言之。即係調查是否具備處罰條件。並能否證明被告犯罪。再分別諭知第三百十五條至第三百十七條所定之判決。上述程序上之審理。余解為毋庸依言詞審理主義。即得不經辯論為之。

茲專就法律所規定之通常審理次序。分述之如次。

### 第一 對被告為人之訊問。

此即第二百七十七條所謂依第五十九條訊問被告也。此項訊問。亦為審理之一部分。若不履行。即為違法。(餘可參看上部第一編第四章訊問被告之說明)

### 第二 檢察官陳述案件要旨。

此亦為第二百七十七條所規定。審理之範圍。雖應以起訴書狀所載為準。但因係採言詞審理主義之故。起訴書狀所請求者。仍應由檢察官於法庭以言詞陳述之。嗣後判決之範圍。即應以此為準。故雖已於起訴書狀記載之被告或犯罪行為。而未於法庭陳述者。即不得進行審理。亦不得諭知判決。否則即為違法。(參照三九一Ⅱ)又已經請求裁判之被告或犯罪行為。如遺漏審理判決。其為違法。自不待言。至檢察官



將其起訴書狀所載之被告或犯罪行爲。遺漏陳述時。審判長應促其注意。亦不待言。

### 第三 對被告爲本案之訊問。

此即第二百七十八條所謂依第六十三條訊問被告也。(餘可參看上部第一編第四章內之說明) 訊問被告。法條規定應依第六十三條辦理。乃着眼於其爲當事人之地位。以便其能行使防禦權。但被告乃一面居於證據方法之地位。故其訊問。亦得以調查證據之目的爲之。且其陳述。仍得以爲證據採用。故刑事訴訟法又就被告陳述中之自白。特設次述規定。以標明此旨。

(一) 被告不認犯罪而於偵查時曾經自白者。審判長得命將其自白當庭宣讀。(二七九) 蓋被告之自白。本爲重要證據。(二八〇I) 其在審判日期所爲者。固不須何種程序。得逕以爲證據。又在受命推事前或偵查時所爲而於審判日期不否認者。則只得於調查證據時。依第二百八十五條辦理。毋庸於訊問被告時。特別將自白部分提出宣讀。亦得以爲證據。惟於被告不認犯罪之時。則本條定明審判長得特將該自白部分提出命書記官或主任推事。受命推事當庭宣讀。審判長得自行宣讀。自不待言。又只須係在偵查時所爲。不限於在檢察官面前爲之。

(二) 被告之自白。非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺及其他不正之方法。且與事實相符者。得爲證據。(二八一) 據此規定。足知訊問被告。亦有調查證據之目的。故被告之自白。只須非出於不正當之方法。且

與事實相符。即得為證據。不但是也。法院此時更得斟酌情形。毋庸更調查其他證據。即諭知科刑之判決。(三一五)但被告之自白。若係出於不正當之方法。或依其他證據。足認為與事實不符。則亦不得以為證據。否則為違法。足為上訴及非常上訴並再審之理由。(參照三九〇、三九一、四三三、四四一、四)

(三) 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。(二八〇II) 此蓋示明白不自以為為惟一證據。如有必要之證據。仍應調查之。以察其是否與事實相符。乃依實體真實發見主義及自由心證主義當然之規定。惟此時如無必要證據。自亦得專憑自白。但是否必要。仍應依客觀決之。不得由推事擅斷。

#### 第四 調查證據。

訊問被告後。審判長應調查證據。為刑事訴訟法第二百八十一條所明定。此蓋因如前述。被告雖經自白。仍應調查必要之證據。故調查證據。在刑事審判。通常乃為必要程序。不過犯罪事實已經被告自白者。苟無其他必要之證據。則省略調查程序。自不為違法。

刑事訴訟法除規定調查證據在審判程序之次序外。更就關於調查證據之原則及程序。設有種種規定。分述之如次。

(一) 犯罪事實。應依證據認定之。(二八二) 此雖為當然規定。但法律以此為最重要之原則。故特為

標明。即為科刑判決基礎之犯罪事實。必依證據認定之。不但此也。且應將認定事實所憑之證據。於判決書理由內記明。否則亦為判決不盡理由。係屬違背法令。（參照三九一13）又此所謂犯罪事實。固係指犯罪要件之事實。申言之。即構成犯罪行為之要素之事實。固絕對須憑證據證明之。即處罰要件之事實。（如責任能力等）及科刑標準之事實。（如刑法七六）有時亦以依證據證明為宜。

(二) 證據由法院自由判斷之。(二八三) 此即標明自由心主義。雖為當然規定。然以其至為重要。故亦特以明文規定。（參照緒論自由心證主義及證據章總論節內證據之判斷之說明）

(三) 證據物件。應示被告。命其辨認。並詢其有無辯解。(二八四) 以下所述者。均為關於調查證據之程序。本條之規定。則於勘驗及書證兩種程序。均有適用。故所謂證據物件。乃指為勘驗之標的及為書證之標的二種而言。無論其為何種。除次述之卷宗內文件外。其調查程序。均應依本條辦理。若未履行此程序。而竟據以認定犯罪事實。斯為違法。但本條能適用者。只以被告在場者為限。若在被告不出庭。亦得審理之案件。（如依三一一時）自無適用。惟此時仍以將該證物現示於法庭為宜。蓋必如此。方合於公開主義與言詞審理主義也。又條文只定明須向被告展示。命其辨認。並徵詢其辯解。至於被告竟不辨認或並不辯解。則毫無關係。自仍得採用。又證物如係文件。而被告實不解文義。則向其展示之時。自以說明其意義為宜。蓋非如是。不足以副法律命其辨認之精神也。

(四) 卷宗內之文件可爲證據者。應由審判長或命書記官宣讀。但有左列情形之一者。審判長得祇告以文件要旨以代宣讀。又被告不解文件之意義者。於宣讀後並應說明之。(二八五)

甲 當事人無異議者。此所謂當事人無異議。乃指當事人當場表示無異議者而言。故未經當場表示無異議。竟不履行宣讀。斯爲違法。

乙 有關風化或有妨害公安之虞者。此如供述過於猥褻。或其供述係關於與現時政體相反之主張等。實於客觀不宜宣讀者。亦得不宣讀之。

丙 有毀損他人名譽之虞者。此如妨害風化、婚姻、名譽等罪案內之供述是。

上述規定。乃關於卷宗內文件調查之程序。即爲書證程序之一種。只限於卷宗內文件始有適用。蓋以此項文件。依前條程序調查。甚不相宜。故定爲須行宣讀及說明。以便被告知悉。亦爲適用公開主義及言詞審理主義也。此亦爲應遵守之程序。若不遵行。逕採爲證據。即屬違法。又本條有適用者。只以本案卷宗內之文件爲限。若他案卷宗內之文件。欲採爲證據。除交示被告甚爲不宜。仍得依本條辦理外。餘均應依前條辦理。又雖關於本案之文件。只須未編入卷宗。欲採爲證據。即應依前條辦理。又本條例外文件。亦只不用宣讀。仍應告以文件要旨。

(五) 關於調查證人、鑑定人、並共同被告之程序。法律規定如次。

甲 證人、鑑定人、應依左列次序訊問之。(二八六)

1 由審判長依第一百零四條、第一百零七條、及第一百十條訊問。此該各條已於訊問證人程序說明之。

2 由聲請傳喚之當事人詰問。

3 由他造之當事人詰問。

4 由聲請傳喚之當事人覆問。但以他造當事人詰問所發見之事項爲限。

上述詰問及覆問。均係當事人親自爲之。並非聲請審判長爲之。此爲當事人之權利。只須當事人聲明。即應許其爲之。除有本條第四款但書及次條之情形外。不得禁止。又辯護人及輔佐人。應解爲亦得代被告爲之。

乙 當事人詰問證人、鑑定人時。審判長認爲不當者。得禁止之。(二八七) 此蓋爲維持法庭次序及指揮訴訟進行當然之規定。但亦不得濫用。必須其詰問實於客觀不當始可。

丙 證人、鑑定人經當事人詰問後。審判長得續行訊問。(二八八) 此亦爲發見真相當然之規定。

丁 證人、鑑定人陳述後。審判長得命將該證人、鑑定人在偵查時訊問之筆錄。當庭宣讀。(二八九)

此蓋爲使其當庭之供述。與其前在偵查時之供述。互相參證。所爲之注意規定。如無此必要。自亦可

省略之。

戊 審判長預料證人、鑑定人、共同被告於被告前不能自由陳述者，得命被告退庭，再行訊問。但陳述完畢後，應再命被告入庭，告以陳述之要旨。(一九〇) 此蓋示明訊問證人、鑑定人、共同被告，原則應使被告在庭，惟於預料此等人不能於被告前自由陳述之時，始得命被告退庭。但陳述完畢後，仍應命其入庭，告以陳述之要旨。此項程序，亦為必須遵守之程序。若未履行，即係妄行剝奪被告之防禦權，乃為違法。採用此項證言、鑑定或供述，亦為違法。又本條與辯護人、輔佐人，曾否在庭無涉。即令此等人曾經在場，未履行該項陳述，亦為違法。

己 證人、鑑定人雖經陳述完畢，非得審判長之許可，不得退庭。(一九一) 此即規定證人、鑑定人在庭之義務。蓋到案義務，即包含此種義務。陳述完畢後，須得許可始能退庭者，恐再有訊問也。

庚 在偵查時曾經訊問之證人、鑑定人，依第一百十六條不得再行傳喚，或因死亡、疾病及其他事故，不能再行訊問者，審判長應命將偵查時訊問之筆錄當庭宣讀。共同被告因死亡、疾病及其他事故，不能再行訊問者亦同。(一九二) 本條乃於第二百八十五條外之注意規定。蓋偵查時訊問證人、鑑定人，共同被告之筆錄，本為卷宗內之文件，亦可依第二百八十五條所定調查證書之程序，即亦得宣讀之。而採用為判決基礎，惟在審判程序，尤有直接審理主義及言詞審理主義之適用。通常自

仍須更將該證人鑑定人共同被告傳訊。但此時偵查筆錄亦仍得宣讀以作證據。推於證人鑑定人依第一百十六條不得再行傳喚。或因死亡疾病及其他事故不能再行訊問時。又其共同被告因死亡疾病及其他事故不能再行訊問時。則可單憑偵查筆錄以爲證據。不過此時仍應將該筆錄當庭宣讀。以使公開。(即依審判公開主義)並與當事人以辯論之機會。(即依言詞審理主義)否則採用該項筆錄內供述。即屬違法。

辛 依第九十四條就證人所在訊問者。當事人亦得在場。並得依第二百八十六條之規定訊問。此項訊問筆錄。於審判時應當庭宣讀。(二九三) 此係規定審判中就訊證人時(九四)之程序。即此時當事人亦有在場之權利。其訊問次序亦應依第二百八十六條辦理。其筆錄應於審判時當庭宣讀。以符審判公開主義及言詞審理主義之本旨。否則採用該項筆錄爲判決基礎。即屬違法。至其訊問係由法院或受命推事。受託推事。在所不問。

壬 審判長得依職權或依當事人之聲請傳喚名單所列以外之證人。(二九四) 此即示明職權主義。凡證據不問其是否利益於被告。只爲發見真實所必要者。法院即應依職權調查。不僅證人已也。不過證人爲刑事訴訟最普通之證據方法。且其傳喚爲審判長之權限。(八七II)故法律定明審判長得依職權或依當事人之聲請。傳喚其開列名單(二六九I)以外之人。惟應否傳喚證人。屬於證

據裁定。仍應由法院爲之。法律不過定爲審判長得代表法院執行傳喚。如法院裁定毋庸傳喚。審判長亦不得傳喚也。

癸 審判長對於特定事項。認爲已臻明瞭。毋庸訊問證人者。得以裁定省略證人之訊問。(二九五)

此爲訴訟易於進行起見。特許審判長對於證人認爲特定事項已臻明瞭毋庸訊問者。得以裁定省略其訊問。此裁定得由審判長單獨爲之。惟應解爲只於審判日期實施審判程序時始有適用。若於審判日期外經當事人聲請傳喚者。雖已爲不必要。亦應由法院以裁定駁回之。(二六九Ⅱ)又審判長爲此裁定。如列席推事有異議者。仍應付評議。又當事人對此裁定得聲明異議。此時自應由法院裁定之。(二九九)

(六) 審判長每調查一證據畢。應詢問被告有無意見。(二九八Ⅰ)此係規定調查證據時應與被告以行使防禦權之機會。所謂每調查一證據畢者。即謂每調查一證據方法完畢也。如該審判日期有數個證據方法。凡一證據方法調查完畢之時。即應詢問被告有無意見。若有意見。即應使其陳述完畢後。始得進行調查他證據。若於全證據方法調查完畢時。始總括詢問被告有無意見。乃法所不許。若全不詢問被告有無意見。其屬違法。更不待言。又有無此項詢問。應專以筆錄爲證。(三三四)如筆錄未載明。亦應認爲未履行。審判程序仍屬違法。



審判長應告知被告得提出有益之證據。(二九八II) 此亦為被告得行使防禦權。應於調查證據時為此程序。惟不必逐次為之。只一次已足。審判長未為此告知。亦屬違法。又此程序亦只能以筆錄證之。筆錄未載明。亦應認為未為。

## 第五 辯論

調查證據完畢後。應命依左列次序。就事實及法律辯論之。(三〇〇)

(一) 檢察官。

(二) 被告。

(三) 辯護人。

辯論有廣狹二義。指自檢察官陳述案件要旨以後之程序為辯論者。此廣義也。(如一八〇I、三〇三)是單稱調查證據完畢後。各就事實及法律陳述意見為辯論者。此狹義也。本條所稱辯論。即係後義。各主體為辯論。自應依此次序為之。法律雖未揭明輔佐人。但輔佐人本為輔佐被告而設。自得於被告或辯護人之次。陳述意見。又本條亦為必要程序。如不履行。即為違法。但審判長只命履行已足。若各主體並不為辯論。或不充分為辯論。審判程序並不因之違法。會否使當事人及辯護人辯論。亦只得以筆錄證之。如筆錄未載明。亦應認為未使辯論。惟筆錄記載辯論。得僅記載其要旨。(三三四、三三一五)又本程序。法律定明

必於調查證據之後爲之。故如命行辯論後。又行訊問被告或調查證據者。則必命再行辯論。始爲合法。又檢察官爲辯論。因其權利。但亦爲其職責。辯護人亦有爲辯論之權利與義務。（參照辯護人之說明）惟被告爲辯論。則僅屬權利。非屬義務。輔佐人亦然。

辯論後審判長得命再行辯論。但被告有最後之辯論權。（三〇一）此示明在同一審判日期或續行審判日期。行辯論。不以一次爲限。得因必要。由審判長命再行之。即數次亦可。惟被告有最後之辯論權。所以保護被告之利益。使其得充分行使防禦故也。

審判長於宣告辯論終結前。應訊問被告有無陳述。（三〇二）辯論完畢後。如審判長依辯論結果。認爲有再訊問被告或調查證據之必要時。固得再行訊問或調查。如無必要。則應宣告辯論終結。惟於宣告前。應再訊問被告有無陳述。以便其行使防禦權。此亦爲必要程序。如未履行。亦屬違法。又此程序。只得執筆錄證之。如未載明。亦應認爲未爲。（三三四、三三二、三三二一〇）

## 第六 終結辯論

辯論爲審理程序之最後部分。各關係人依次爲辯論後。如已無再進行審判之必要。審判長應當庭諭知終結辯論。審理遂因以終結。諭知辯論終結。與命閉庭或退庭。微有不同。蓋以命閉庭或退庭。有時僅足以終結日期。並不足以終結辯論也。

## 第七 列席推事之審理。

訊問被告、證人、鑑定人時。列席推事得向審判長聲明。親自訊問。(二九六) 此蓋以法律定爲由審判長訊問被告、證人、鑑定人。不過代表法院爲之。列席推事既爲合議庭組織員之一。自應許其僅向審判長聲明。(毋庸得其許可)即得親自訊問。以便補充審判長訊問之不及。

## 第八 受命推事之審理。

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。(二九七) 此蓋於毋庸由合議庭全體行審理時所設之便宜規定。於審判開始前或開始後。均可行之。法條雖定明應由庭員中指定。但應解爲審判長自爲受命推事。亦無不可。惟此究爲例外。訊問被告及調查證據。依直接審理主義及審判公開主義。原則自仍應由法院行之爲宜。必於案情實屬複雜或證據不便全體親行調查之時。始得命受命推事行之。但究爲準備程序。如現時法院所謂調查庭。儼然爲審判程序之本體或中樞。固全與立法精神相反也。又法律既定明應由審判長指定施行。審判長對於本案。自必先行調查。須有此必要。始得指定。更不待言。又受命推事訊問或調查之結果。應向法院報告。不得參加意見。亦屬當然。又施行時。仍以使當事人、辯護人、輔佐人在場爲宜。其施行結果。應於審判時依法公開。即其筆錄應分別依第二八十五條或第二八十四條辦理。亦不待言。

第九 不服審判長或受命推事處分時之裁定。

當事人對於審判長或受命推事之處分聲明異議者。應由法院裁定之。(一九九) 本條乃規定當事人對於審判長或受命推事所為處分之聲明不服方法。及其裁定之機關。即許當事人得聲明異議。可稱曰異議權。乃為訴訟法上之權利。所謂審判長之處分。乃指於審判程序及其準備程序所為之一切處分。不問係關於訴訟指揮。抑關於法庭秩序。亦不問其為行使固有之權限。抑行使代表法院之權限。所謂受命推事之處分。乃指其訊問被告。調查證據時所為之一切處分。對於審判長或受命推事之處分。許聲明異議。應解為只以其處分係屬違背程序規定者為限。不得單以不當為理由。且雖屬違背程序規定之時。除當事人不得捨棄其遵守者外。則於當事人表示無異議之意思。或既知其違背。或可知其違背。而未當庭或當時聲明異議。仍為陳述或辯論者。應解為喪失異議權。(參照民訴條例二四一)此異議係由法院裁定之。即指該合議庭。如係獨任推事行審判時。對其處分聲明異議。應即由該推事裁定之。其裁定於審判時為之者。應經當事人之陳述。且於審判時諭知者。應宣告之。(一八〇Ⅱ、一八四Ⅱ)又裁定認異議有理由者。應將原處分撤銷變更。認為無理由者。應駁回之。又此裁定自得僅命記載筆錄。毋庸制作裁定書。(一八一)至應否敘述理由。并能否抗告。應適用第一百八十二條及第四百十五條。又辯護人、輔佐人。應解為亦得代被告聲明異議。

## 第六項 辯論之再開

辯論如前述。廣義乃與審理程序同義。故開始審理程序。通常雖稱曰開庭。（參照法編法五六）但亦有稱曰開日期者。參照民訴條例一九一。然亦可稱曰開辯論。又終結審理程序。條文雖稱曰終結辯論。亦可稱曰閉辯論。即稱曰閉庭亦可。（參照民訴條例二四二丁、法編法五六）

辯論終結後。遇有必要情形。法院得命再開辯論。為第三百零三條所規定。蓋以終結辯論後。苟發見有調查不完備或審理遺漏之情形。自應許命再開辯論。通常開閉辯論。為一種訴訟指揮。其權屬於審判長。惟命再開辯論。則屬之法院。此項命令。乃為裁定性質。自須經決議。惟通常均不另制作裁定書。只於再開庭時。當庭諭知。命記載於筆錄。（參照一八一、一八四）又此所謂辯論。自不僅指最後程序。以前已為之程序。雖不宜重複為之。但認為有必要。自亦得為之。如對於被告更為訊問。對於同一證人。更為傳質。均得為之。至於得從新調查。更不待言。惟既履行訊問被告或調查證據之程序。則最後仍必履行辯論程序。不得因以前辯論已經完足。即行省略。又再開辯論與續行辯論相同。而與更新審理不同。蓋因再開辯論。其以前之程序。固仍完全有效故也。

## 第七項 審判之連續

審判非一次所能終結者。除有特別情形外。應連續開庭。為第三百零四條所明定。蓋法律為發揮辯論一貫

主義之特色。務使審判連續進行。庶結果較爲正確。程序亦不至錯亂。於維持法院威信及裁判公平。均甚爲得計也。但因有特別情形。其勢不能連續開庭者。自不在此限。又審判間隔至十五日以上者。應解爲須重新審判。可參看次項說明。

### 第八項 審判之更新

更新審判。又可稱曰更新辯論。(參看民訴條例三二五丁)即將已施行之審判程序廢棄。而從新施行審判程序也。刑事訴訟法既於第一百八十條。規定判決應本於當事人之辯論爲之。則因適用辯論主義之結果。與於判決之推事。自必爲與於辯論之推事。(參照民訴條例二六二、刑訴法三九一、二)故於第二百七十六條。定明審判開始後推事有更質者。應更新審判之程序。惟由補充推事代行繼續審判者。不在此限。蓋當然之規定也。此所謂審判開始。即審判日期開始之義。易言之。即爲開庭。(參照日本刑訴法三五四)所謂更新審判程序。即謂自就被告爲人之訊問起(二七七)一切程序。均應從新爲之。雖完全與以前重複。亦所不問。但以前審判筆錄所記之事項。應解爲仍不失其效力。(參照民訴條例三二五丁)故此項文件。仍可於更新程序。適用第二百八十五條。採爲證據也。又於以前程序。當事人及其他關係人所爲之聲請。或法院。審判長。受命推事。受託推事所爲之裁判或處分。亦應解爲不失效力。例如在以前所爲之調查證據聲請。證據裁定。及其他一切強制處分。均應分別予以裁判。或仍應執行。或繼續保持其效力是也。又諭知判決。不以參與

審判之推事爲限。(三二六)則論知判決時。推事有更易者。自不發生更新之問題。

更新審判程序。通常雖多爲推事更易之時。但法律又於第三百零六條。定明審判開始後。因被告心神喪失而停止審判。或因疾病或其他事故。停止審判至十五日以上者。應更新審判之程序。此其用意。蓋亦爲貫徹辯論一貫主義。恐時日久隔。斯印象已薄。故應廢棄以前程序。從新施行審判。總之。不問因何事故。只須審判日期與審判日期相隔十五日以上。即應更新程序。否則爲違法。又辯論終結後。宣告判決逾十五日者。亦解爲應再開辯論。

依上述二種情形。應更新審判程序而不更新。斯爲違法。不問當事人當庭或當時曾否聲明異議。均得爲上訴之理由。(三九一。)

### 第九項 審判之停止

審判之停止云者。完全不開始審判。或在開始審判後。於其進行之程度。一時停止。不繼續進行之謂也。停止審判時。通常仍得依其原已進行之程度。繼續進行。以前之審判。並不失其效力。但有第三百零六條之情形者。則應更新。停止審判之情形。如次述。

第一 被告心神喪失或因疾病不能出庭者。應停止審判之程序。惟於許用代理人之案件。不適用之。(三

○五) 蓋審判日期。原則應由被告出庭。(二七一)被告既因事故不能出庭。自應停止審判。惟事故只限於心神喪失或疾病。其他事故。則不能適用本條。又許代理人之案件。(二七二)亦不得適用本條。

第二 被告所在不明者。應停止審判之程序。但應實施保全證據所必要之一切處分。(三〇七) 此不問被告所在不明。係在起訴以前。(參照二五三二)抑在起訴以後。亦不問其原因如何。而因審判日期。原則應由被告出庭。(二七一)故定為應停止審判程序。惟證據恐其歷久湮滅。故又定為凡為保全證據所必要之一切處分。均應實施之。不得一併停止。本條規定。若係最重本刑為拘役或專科罰金之案件。已經被告委任代理人者。除有特須訊問被告之必要外。自毋庸適用(二七二)又最重本刑為拘役或專科罰金之案件。被告經傳喚無正當理由不到者。亦毋庸適用本條。(二二一)又在第二審。雖非最重本刑為拘役或專科罰金之案件。若被告經傳喚無正當理由不到者。亦毋庸適用本條。(三二二)又在第三審之辯論亦然。(參照四〇一二)故在此等時。仍得進行審判。

第三 推事被聲請迴避者。除應急速處分者外。應即停止訴訟程序。(三〇) 故審判時有此情形者。應至有代行審判之推事為止。停止審判程序。惟應急速處分者。仍不得停止。(餘可參看迴避之說明)

第四 有第二百六十一條第一項之情形。其他罪起訴在前者。法院得依檢察官之聲請。停止其審判。(二



第五 有第二百六十二條第一項之情形。其一罪起訴在前者。法院於他罪判決確定前。應停止其審判。(二六二)

(二六二)

第六 有第二百六十三條第一項之情形。其刑事起訴在前者。法院於民事裁判前。應停止其審判。(二六三)

(二六三)

上述第四至第六可參看本章第三節第四款之說明。(一) (二) (三) (四) (五) (六) (七) (八) (九) (十) (十一) (十二) (十三) (十四) (十五) (十六) (十七) (十八) (十九) (二十) (二十一) (二十二) (二十三) (二十四) (二十五) (二十六) (二十七) (二十八) (二十九) (三十) (三十一) (三十二) (三十三) (三十四) (三十五) (三十六) (三十七) (三十八) (三十九) (四十) (四十一) (四十二) (四十三) (四十四) (四十五) (四十六) (四十七) (四十八) (四十九) (五十) (五十一) (五十二) (五十三) (五十四) (五十五) (五十六) (五十七) (五十八) (五十九) (六十) (六十一) (六十二) (六十三) (六十四) (六十五) (六十六) (六十七) (六十八) (六十九) (七十) (七十一) (七十二) (七十三) (七十四) (七十五) (七十六) (七十七) (七十八) (七十九) (八十) (八十一) (八十二) (八十三) (八十四) (八十五) (八十六) (八十七) (八十八) (八十九) (九十) (九十一) (九十二) (九十三) (九十四) (九十五) (九十六) (九十七) (九十八) (九十九) (一百)

第七 犯罪是否成立。及刑罰應否免除。以民事法律關係為斷者。法院得定相當期限。命當事人向該管民事法院起訴。當事人於期限內起訴者。於民事裁判前。應停止刑事之審判。(二二二) 此亦為恐彼此裁判

抵觸也。(可參看本章第四節第五款第七項之說明)

第十項 審判之繼續

審判開始後。法院雖認為該案件應屬下級法院管轄。仍應繼續審判之。為第三百零八條所明定。乃於第三百十九條為例外規定。蓋法院對於該案件有無管轄權。原應依職權調查之。(五) 為未開始審判前。如認本

法院就該案件無事物管轄權。應由下級法院管轄第一審。則除有第十八條之情形外。仍應依第三百十九條之原則。諭知管轄錯誤之判決。並將該案件移送該管法院審判。惟於開始審判之後。則以該案件由上級

法院審判。只於被告有利。故定為此時毋庸諭知管轄錯誤。仍應繼續審判。以便迅速終結。而免多費時間。及

本論 下部 各論 第一編 第一章 第一章 公訴 第四節 審判 第四款 審理程序 第十項 審判之繼續

勞力費用。此所謂審判開始。亦應如一般為狹義解釋。須在檢察官陳述案件要旨以後。(參照二七七)不在書記官朗讀案由或依第五十九條訊問被告之時。(參照二七五、二七七)

### 第五款 判決程序

#### 第一項 判決之條件

凡為訴訟行為。均須具備一定條件。即以前所述之訴訟條件是。判決亦為訴訟行為。故為判決。亦須具備一定條件。此即所謂判決條件 (Urteilsvoraussetzungen) 是也。關於刑事判決應行具備之條件。學說上尙未一致。以余所信。特別條件。乃因判決之種類而異。若普通條件。應解為次述數項。

第一 須本於當事人之辯論。

此為第一百八十條第一項所明定。惟有特別規定。如第三百十條、第三百十一條、第三百八十二條、第四百零一條第二項、第四百三十六條、第四百五十七條第一項第二項。不在此限。

第二 須已達可為裁判之程度。

故為判決基礎之事實。尙未審理明瞭。自不得終結辯論。逕為判決。(參照民訴條例四五、四五一、四五二)

第三 須審理程序合法。

蓋判決之前提程序。為審理程序。如程序全部不合法而致無效。自應更新。即一部不合法。亦應補充也。

第四 須參與判決之推事與參與辯論之推事相同。

故在判決議決前，推事有更易者，即應更新辯論（二七六）此已於前述之矣。

第五 須法院之編制合法，並不違背迴避規定。

法院之編制不合法，或違背迴避之規定，均屬根本違法，自所不許。（參照三九一—123）

除上述條件外，其他訴訟條件，就中如起訴條件，雖不具備，僅屬不得為實體判決，並非為判決之普通條件。

（參照三二八、三一九、三一七）

## 第二項 判決之範圍

判決之範圍，應以起訴之範圍及審理之範圍為準。故未經起訴之被告或行為，當然不得判決。又雖已起訴而未經審理，自亦不得判決。惟只須為同一案件，即應適用審判不可分之原則，不得單就該事實一部為判決。即令判決偶有遺漏，其訴訟拘束，亦應就全部消滅。該判決之既判力，亦應就全部發生。

又判決只須在起訴及審理之範圍以內，即法院認定事實，適用法律，即不為檢察官之主張所拘束。法律關於此點，特於第三百二十條，標明判決得就經起訴之行為，而變更起訴書狀所載犯罪應適用之法條。此蓋當然之規定也。故只須判決之事實，與檢察官陳述案件要旨所稱之事實同其內容，關於其性質及應適用之法律，固完全不為檢察官於起訴書狀及審判程序所為之主張所拘束也。

又併案起訴或併案審理之案件。其得合併判決。固不待言。即分離判決。要亦無妨。此已於前述之矣。

### 第三項 判決之種類

判決之種類。依其重輕。即依不利益於被告之次序。述列如次。

#### 第一 科刑之判決。

法院認為被告之犯罪已經證明者。應諭知科刑之判決。(三二五) 此蓋以犯罪事實。應依證據認定之。(二八二)所謂被告之犯罪已經證明者。即謂被告之犯罪。不僅有證據足認其有嫌疑。(參照三二六)並足認其已經證明。即依證據確信該犯罪係被告所為也。如達此程度。則對於被告。應認為有罪。而諭知科刑之判決。

#### 第二 管轄錯誤之判決。

法院認為案件不屬其管轄者。除依第三百零八條規定外。應諭知管轄錯誤之判決。並將該案件移送該管法院審判。(三一九) 即法院首應就管轄依職權調查。(五)如認為無事物管轄或土地管轄權。即不得為實體上之審理。應以判決諭知管轄錯誤。並將該案件移送有管轄權之法院審判。毋須待於當事人之請求。亦不得單諭知管轄錯誤。又當事人為反對之主張。不受其拘束。更屬當然。

#### 第三 不受理之判決。

法院認為案件有左列情形之一者。應諭知不受理之判決。(三一八) 此示明審理時應首先調查該案件是否具備訴訟要件。即首爲程序上之審理。如認有左列情形之一。即應諭知不受理之判決。亦不得進爲實體上之審判。

(一) 起訴之程序違背規定者。此所謂起訴程序違背規定。即謂起訴違背法定程序。或欠缺訴訟要件之情形。例如起訴書狀未依第二百五十八條第一項、第一百八十九條制作之時是也。

(二) 已經起訴之案件。在同一法院已經起訴者。此即關於訴訟拘束之效力。只限於在同一法院有此情形者。始有適用。在他法院有此情形則否。(參照起訴效力之說明)

(三) 告訴或請求乃論之罪。未經告訴。或其告訴。請求經撤回者。此因欠缺起訴要件也。

(四) 起訴經撤回者。此乃與第二百五十九條、第二百六十條相對應之規定。自以有合法之撤回爲限。

(五) 被告已死亡者。此須被告於起訴後死亡者。始得適用本款。若於起訴前死亡者。則應適用第一款。餘可參照公認權消滅之說明。

(六) 對於被告無審判權者。例如被告係應受軍事審判之人。或有治外法權或領事裁判權之人。是對於被告有無審判權。應以判決當時爲標準而決定之。故如起訴時雖有審判權。而於判決時無審判

權者。則應適用本款。反是。起訴時雖無審判權。而判決時已有審判權者。則不得適用本款。

#### 第四 免訴之判決。

法院認為案件有左列情形之一者。應諭知免訴之判決。(三一七) 此謂法院除為前述程序上之審理外。更應進而調查處罰條件。如認為有左列情形之一而欠缺處罰條件。即應諭知免訴之判決。不得更為其他實體上之審理。

(一) 起訴權已因第二百四十三條第一款至四款情形消滅者。

(二) 法律免除其刑者。

上述二款可參照公訴權消滅及偵查終結之說明。

#### 第五 無罪之判決。

法院認為被告之犯罪嫌疑不能證明。或其行為不成犯罪者。應諭知無罪之判決。(三二六) 此二者顯有區別。一則起訴之行為。於法律上雖成犯罪。但審理結果。並不能證明。一則起訴之行為。根本上於法律上即不成犯罪。無論居於何者。均應諭知無罪也。

#### 第四項 判決之程式

判決應由推事制作判決書。其一般程式。已於第一編第十二章設有規定。(即一八一至一八三)前已說明。

茲僅就第三百二十一條至第三百二十四條所規定之程式說明之。

第一 判決書之內容。可大別之爲左列四部分。

(一) 首都 (Kopf) 即應於判決書之首。標明判決字樣。並須有被告及案件之記載。第三百二十一條所謂第一百八十三條第一項規定之事項。即指此也。

(二) 主文 (Format) 即謂法院關於案件所爲之判斷。其應行記載。爲第三百二十一條所明定。即科刑、(三二五)無罪、(三二六)免訴、(三二七)不受理、(三二八)管轄錯誤、(三二九)之表示是也。

(三) 理由 (Gründe) 即謂主文所由成立之根據。其應行記載。總則編即已定明。(一八二)關於理由。學者多分爲三種。即甲、事實上之理由。乙、證據上之理由。丙、法律上之理由是也。刑事訴訟法

第三百二十四條第一款所稱認定事實所憑之證據。即爲證據上之理由。同條第五款所稱適用之法律。即法律上之理由。即第三百二十一條第二款所稱之事實也。

(四) 署簽 (Headschrift) 此爲第一百八十三條第二項所定。已於前述。

判決書之必要成分。嚴格言之。本僅止於上述四部分。即事實。如上所述。亦可包含於理由之內。刑事訴訟法第三百二十一條。特爲定明判決書應記載事實。以理論言之。實即第一百八十二條之所謂理由。不過爲清醒眉目。更定爲一項而已。現時通例。均係將事實與理由分別記載。以事實列前。理由列後。

所謂判決書應記載事實。乃謂應記載其裁判即主文所根據之事實。第一審之判決。不僅科刑判決應記載之。即其餘四種判決亦然。第二審及第三審之判決。亦應按其主文而分別記載其應記載之事實。總之。判決必就為該案件之內容之事實以為裁判。不問其為有罪、無罪、免訴、不受理、管轄錯誤、駁回上訴、撤銷發回、撤銷自判。均必有其根據之事實。此項事實。自應記載。以外足以表明該案件發生及經過之事實。如有必要。亦以記載為宜。

關於科刑判決之事實。尤為重要。次述各項事實。均應記載。否則為理由不備。其判決為違法。（參照三九一—一三）

(一) 為犯罪構成要件之事實。不問其為主觀要件。抑為客體要件。亦不問其為一般要件。抑為特別要件。均應記明。但只須於特定為某犯罪之程度記明之已足。故如日時、處所、原因等。於此範圍所必要。始應記載之。又一般之事實及顯著之事實（此無須證明已於前述）則通常無須特為表明。例如責任能力是。又因已表明要件中某事實。他事實推理上足以認其存在者。亦毋庸特為表明。例如犯意及行為違法性。多不須特為表明者是。

(二) 為處罰要件之事實。亦應記明。但訴訟要件之事實。則毋庸記明。

(三) 為法律上加重或減輕之原因事實。亦應記明。



第二科刑之判決書。除第三百二十一條規定之事項外。並應記載左列事項。(三三二)

(一) 起訴及答辯之要旨。此通常係記載於事實內。

(二) 上訴之法院及其期限。此通常係記載於理由後。

上述二項。雖經法律定明應行記載。但遺漏或省略記載。應解為於判決之效力無影響。蓋起訴及答辯要旨。依卷宗內文件。可以知悉。又上訴法院及期限。亦應更於諭知判決時一併諭知。即欠缺記載。均難逕謂判決無效也。

第三科刑之判決書。應於主文內分別情形。記載左列事項。(三三三)

(一) 主刑。此即指刑法第四十九條所揭之刑。即死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金是也。如依刑法及特別刑法各該條所定。諭知主刑者。自應記明。其為徒刑或拘役者。自應分別記明無期或刑期若干。其為罰金者。應記明其額數。其係併合論罪。分別宣告其刑者。應記明應執行之刑。其法律上應加重減輕者。應記明其加減之刑。

(二) 從刑。此即指刑法第五十條所揭之刑。即褫奪公權、沒收是也。亦應按各該本條所定。分別記明其種類及期限。

(三) 諭知罰金者。其易科監禁之期間。此蓋因適用刑法第五十五條第二項以下規定而然。此項期

### 間。自應記明。

(四) 羈押准予折抵者。其折抵之標準。此蓋因適用刑法第六十四條之規定而然。該項折抵標準。自應記載之。

(五) 諭知緩刑者。其緩刑之期限。此蓋因適用刑法第九十條之規定而然。此項緩刑期限。自應記明。第四 科刑之判決書。應於理由內分別情形。記載左列事項。(三二四) 此因科刑判決之理由。特別重要。故法律特為定明理由內應記載之事項。左列各項。如未記載或記載前後抵觸。斯為判決不載理由。或理由矛盾。乃屬違法。(參照三九一—13)

(一) 認定事實所憑之證據。此即謂示明科刑判決所根據之事實。係依如何證據認定之。申言之。即須表明其所認定之事實與其所依據之證據之連絡。俾讀判決書者。得明白了解其為裁判基礎之事實。所由推斷之根據。蓋犯罪事實。原應依證據認定。(二八二) 此項證據上之理由。自亦應特為記明。其記明之程度。總應使人足知其認定事實之係依據如何證據之範圍為止。故至少須記明係依何種證據。並該證據之如何部分。若僅汎稱證據確鑿。或單稱依某種證據。例如單稱某證人之證言。某年月日筆錄。即為判決不載理由。乃屬違法。(三九一—13) 但採用證據之理由。固毋庸記載。又各證據之詳細具體內容。不為記載。亦非違法。

(二) 科刑時，於刑法第七十六條所列事項有所審酌者，其情形。即依刑法第七十六條所列各事項，以為科刑輕重之標準者，即應將該事項之基礎事實記明。

(三) 刑罰有加重、減輕、或免除者，其理由。此指法律上應加重、減輕、或免除者而言。此時自應記明其理由。否則亦為判決不載理由。自屬違法。若僅係於法定刑內為裁判上之加減者，則不記載，亦非違法。

(四) 羈押不予折抵者，其理由。此蓋依刑法第六十四條。羈押原得折抵，不予折抵者，自應記明其理由，以資折服。

(五) 適用之法律。此謂應示明科刑判決之主文，係適用如何法律而產生。至應如何記載之，應注意下述各點。甲、所由科刑之條文，概須明示。乙、應適用之條文內包含二以上之規之者，應示明係適用何種規定。丙、所以適用之理由，毋庸記明。

### 第五項 判決之諭知

諭知判決，除其一般程式，已於前說明外，更應注意次述規定。

第一 判決應自辯論終結之日起七日內諭知之。(三〇九) 此為訓示規定。蓋恐距終結辯論日過久，印象已薄故也。

第二 諭知判決時，被告雖不在庭，亦應宣告。(三二五) 此定明諭知判決，被告雖不在庭，不但得為宣告。

並應為宣告。蓋諭知判決日期與其他審判日期不同。並非在使被告行使防禦權。不過將已成立之裁判向外表示。自應不待被告在庭。亦行宣告。以免遲延。又檢察官、自訴人、及辯護人、輔佐人、不在場。應為宣告。更不待言。

第三 諭知判決。不以參與審判之推事為限。(三二六) 此亦以判決已於諭知前成立。參與諭知。並非參與判決。自不以參與辯論及判決之推事為限。故此時不適用更新審判之規定。

第四 諭知之判決。得為上訴者。審判長應以上訴之法院及期限。一併諭知在庭之當事人。(三二七) 此為訓示規定。蓋恐當事人無法律知識。以致違誤上訴程式也。

### 第六項 判決不待被告陳述之情形

第一 被告拒絕陳述者。得不待其陳述。逕行判決。(三二〇) 此蓋以判決原則固應本於當事人之辯論為之。(一八〇I) 但亦只須與以辯論之機會。故只須被告在場。(二七一) 經審判長分別依第二百七十八條、第二百八十四條、第二百九十八條、第三百條至第三百零二條。分別予以訊問、告知。或使其辯解或辯論。則被告雖不陳述。或逕拒絕陳述。亦得逕行判決。惟此時亦不得單以被告不為陳述。即為不利於被告之判決。仍應依實體真實發見主義以為審判也。

第二 最重本刑為拘役或專科罰金之案件。經傳喚無正當理由不到者。得不待其陳述。逕行判決。(三一

(二) 此爲對於第二百七十一條及第一百八十條第一項之例外規定。僅限於最重本刑爲拘役或專科罰金之案件。始有適用。餘可參看本節第四款第一項之說明。

第三 被告有妨害法庭執務或其他不當之行為者。審判長得命退出法庭。或命看管至閉庭時。受此處分者。應不聽其辯論。即行判決。惟此項事由。應記明於筆錄。(法編法六一、六一、六五)

### 第七項 判決與民事法律關係

第一 犯罪是否成立及刑罰應否免除。以民事法律關係爲斷。法院得併將民事法律關係。自行裁判之。此項裁判。準用刑事訴訟法。刑事訴訟法無規定者。準用民事訴訟法。(三二二) 此示明刑事法院。得將刑事先決問題之民事法律關係。在該關係未向民事法院起訴時。連同刑事一併裁判。且關於民事之裁判。以其仍係在刑事訴訟程序所爲。故應先準用刑事訴訟法。必於刑事訴訟法無規定時。始應準用民事訴訟法。蓋亦與附帶民事訴訟之審判相同也。至該民事實體上應適用之法律。自仍爲民法或其他特別民事規定。(參照五〇七) 又此項民事法律關係。如在民事法院已經起訴者。則應依第二百六十三條辦理。無適用本條之餘地。餘可參看本章第三節第四款之說明。

第二 法院就民事法律關係除依上述規定自行裁判者外。得定相當期限。命當事人向該管民事法院起訴。當事人於此期限內起訴者。於民事裁判前。應停止刑事之審判。(三二三) 此示明刑事法院。就上邊

之先決民事法律關係。如認為以由民事法院解決為宜者。亦得酌定期限。命當事人向管轄民事法院起訴。如當事人在所定期限內起訴者。即應於民事裁判前。停止刑事之審判。以免裁判抵觸。再當事人於刑事法院未就民事為確定之裁判前。自動向管轄民事法院起訴者。應準用本條第二項。停止刑事之審判。亦不待言。

第三 刑事法院裁判。不受民事法院裁判之拘束。(三二四) 此示明刑事法院應與民事法院獨立行使其審判權。無論民事法院所裁判之民事法律關係。是否於刑事為先決關係。並是否起訴在前。並會否停止審判。仍應依其自由意見。就刑事為其所認為正當之裁判。即令與民事確定裁判抵觸。亦所不惜。蓋刑事須依實體真實發見主義。不得不如是也。

### 第八項 判決與羈押及扣押之關係

第一 羈押之被告。受罰金、無罪、免訴、或不受理之判決者。以撤銷押票論。但上訴期限內遇有必要情形。得命羈押之。(三二八) 此蓋以受此等判決時。其羈押原因可認為消滅。故逕定為視作撤銷押票。以免同時諭知撤銷羈押之煩。此時通常自應依第七十二條將被告釋放。但在上訴期限內。他造是否上訴。尚屬未定。故法院仍得於認有必要情形時。命繼續羈押之。

第二 扣押之物件。未經諭知沒收者。以撤銷扣押論。但上訴期限內。遇有必要情形。得命扣押之。(三二九)

本條係規定判決時對於扣押物件之處置。即只須未特經諭知沒收。即應視作撤銷扣押。以免一一諭知撤銷扣押之煩。故此時該物件應回復扣押前之狀態。由法院爲適當之處置。通常自須發還所有人或持有人。但上訴期限內遇有必要情形。仍得命繼續扣押之。

第三 扣押之贓物。應發還被害人者。法院應不待聲請。即行發還。(三三〇I) 此係規定扣押贓物之通常處置辦法。即未經諭知沒收而應發還被害人者。應立即發還。毋待聲請。

第四 依第一百三十六條第二項暫行發還之物。無他項諭知者。以已諭知發還論。(三三〇II) 此係規定扣押物件之特別處置辦法。即若係因所有人或持有人之聲請。命負保管責任而暫行發還之扣押物件。如未經諭知沒收或繼續扣押並其他不應返還原所有人或持有人之裁判。則逕行視作已諭知發還。以完全回復未扣押前之狀態。

## 第六款 審判筆錄

第一 審判應作筆錄。記載左列事項及其他一切程序。(三三一) 此示明審判應作筆錄。其應行記載之事項。乃爲審判日期及其他日期所行之一切訴訟程序。左列事項。不過舉其重要者而已。

(一) 審判之法院及年月日。

(二) 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。此在通常係應

記載其曾經出庭者。蓋未經定數推事及檢察官、書記官出庭。根本即不得開始審判。(二七〇丁直)故未經此等人出庭者。乃無審判程序。自亦無審判筆錄可作。被告未出庭。原則亦無審判筆錄可作。惟例外不待其出庭亦得為審判之時。則仍可作審判筆錄。此時仍應記載被告之姓名。至代理人、辯護人、輔佐人。則須有此等人出庭者。始應記載之。

(三) 被告不出庭者。不出庭之理由。被告須待其出庭。始能開始審判。乃為原則。故被告出庭者。反母須特行記載。惟不出庭者。則應為特別記明。

(四) 禁止公開者。禁止之理由。審判公開。亦為原則。故公開時。反母須特行記明。惟禁止公開者。則應將其當場宣告禁止之理由。特別記明。(參照法編法五八)

(五) 檢察官之陳述及當事人辯論之要旨。檢察官之陳述。通常自為案件要旨之陳述。(二七七)但其他之陳述。亦以記載之為宜。當事人之辯論。自辯調查證據完畢後之辯論。(三〇〇)此等陳述及辯論。均僅可記載其要旨。且檢察官之陳述。如與起訴書狀相同者。尙可以為附錄。記明與起訴書狀同字樣。(參照三三五)

(六) 被告、證人、鑑定人之訊問及其陳述之要旨。對於此等人之訊問及其陳述。亦僅可記載其要旨。故與偵查中此等人之訊問筆錄不同。(參照六四丁一、一五丁一、一七)



(七) 開庭時曾向被告宣讀或告以要旨之文件。此特應記明。未經記明。即不得採為證據。

(八) 開庭時曾示被告之證據物件。此亦特應記明。否則亦不得採為證據。

(九) 開庭時實施之勘驗及扣押。此如未經記明。即等於未為此程序。在勘驗則其結果不得採為證據。

(十) 辯論時曾命被告為最後之陳述。此如未經記明。亦等於未為此程序。審判程序難免違法。

(一一) 判決或其他裁判之諭知。此如未經記明。即等於未經諭知。又筆錄所載與裁判書所載不符時。應以筆錄為準。惟通常均係將裁判書作為附錄。未另行記載。

(一二) 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。此以制作筆錄。雖為書記官之專權。但究應遵審判長之命令。故於審判長命令記載或許可記載之事項。自應記載之。惟以其命令為不當者。應附記其意見。(參照法編法一三七)

第二 審判筆錄於每次開庭後應於三日內整理之。(三三二) 本條係規定審判筆錄之整理期間。乃為訓示規定。故未遵守。筆錄亦非無效。至筆錄固以每次審判日期分別作成之為宜。但如連續開庭時。將各日期筆錄總括作成。亦無不可。

第三 審判筆錄應由審判長署名蓋章。(三三三)

審判長有事故時。由列席推事之資深者署名蓋章。獨任推事有事故時。僅由書記官署名蓋章。書記官有事事故時。僅由審判長或推事署名蓋章。並分別記載其事由。(三三三二)

上述二項規定。定明應由審判長或推事署名蓋章者。亦與他之筆錄同。倘欲其行使監督權並保證其公正耳。未履行此程序。應解為不致無效。

第四 審判中之訴訟程序。專以審判筆錄為證。(三三四) 此規定審判筆錄之效力。並對於自由心證主義設一例外。即審判中曾否履行何種訴訟程序。該程序曾否合法履行。均只得專以筆錄證明之。不許用以外之證據方法。如筆錄未載明某訴訟程序。即應認為未為該程序。又如筆錄載明某訴訟程序未經依法定程序履行。即應認該程序為違法。又筆錄所載與裁判書所載不符時。應以筆錄為準。又筆錄未經合法作成而致無效。則訴訟程序。亦因未能證明。而應認為未經履行。但法律定明筆錄為惟一證據方法者。乃以其真正成立為前提也。故如其成立非屬真正。例如有偽造變造之情形時。則自無上開之效力。故筆錄所記載關於訴訟程序之事項。仍許以偽造變造之反證推翻之。又本條有適用者。只以審判筆錄關於審判中之訴訟程序者為限。何謂審判中之訴訟程序。即指審判日期所為之一切訴訟行為也。如審判之程式。當事人之陳述。辯論。調查證據等均是。

第五 審判筆錄內附錄之文件。或經記載以該文件作為附錄者。其文件所記載之事項。與記載筆錄者。有

同一之效力。(三三五) 此規定筆錄附錄之效力。所謂審判筆錄內附錄之文件。即於筆錄內所引用附卷之文件也。例如記載檢察官陳述案件要旨(二七七)時。引用其起訴書狀。記載辯護人辯論時。引用其辯護意見書是。所謂經記載作為附錄之文件。即筆錄載明將其文件作為附錄附卷也。例如訊問鑑定人時。記明將其鑑定書作為附錄存卷之時是。此等文件所記載之事項。與筆錄所記載之事項。有同一之效力。故毋庸再記載於筆錄。亦得專為證明訴訟程序之用。

第六 辯護人經審判長許可。得携同速記生到庭記錄被告及證人之陳述。(三三六) 此以被告及證人之陳述。為最重要之訴訟資料。為辯護人能精確並迅速知悉其內容起見。定明許辯護人經審判長許可。得携速記生到庭記錄之。須審判長許可者。蓋為法庭秩序也。速記錄並非筆錄。即與筆錄不符。亦不得以之推翻筆錄。又速記生與辯護人之關係。乃為其內部關係。於法院無與。

## 第二章 自訴

### 第一節 自訴之意義

自訴乃對於公訴而言。舊刑事訴訟條例稱曰私訴。在刑事訴訟條例施行前。我國刑事訴訟。本僅有公訴一種。即刑事起訴權。概稱曰公訴權。此本可認為刑罰權之分化作用。其主體亦屬國家。不過為便利計。付與於檢察官。使之代為行使。故學者恆謂國家為公訴權之實質主體。檢察官為公訴權之形式主體。在此制度之

下得爲原告而提起刑事訴訟者。僅限於檢察官。犯罪之被害人。不過有告訴權。並無起訴權。此即所謂國家追訴主義也。及刑事訴訟條例。始仿德奧等國刑事訴訟法。開一例外。以告訴乃論之罪爲限。採取私人追訴主義。現行刑事訴訟法從之。更將其範圍擴張。初級法院管轄之直接侵害個人法益之罪。亦許私人追訴。即亦得爲原告而提起刑事訴訟。稱之曰自訴人。故在現行制度下。刑事起訴權之主體有二。一爲檢察官。一爲自訴人。惟嚴格言之。起訴權本爲刑罰權之分化作用。僅限於國家始得有之。故在理論。自訴人與檢察官均爲起訴權之形式主體。自訴人之起訴權。亦不過由國家付與。使之代爲行使而已。

自訴一語。在刑事訴訟法上有二種意義。一稱自訴程序。如第二編第二章標題所稱者是。此客觀之意義也。一稱提起自訴。即起訴行爲。如第三百二十八條、第三百四十一條第一項所稱者是。此主觀之意義也。通常所稱自訴。多從後義。

法院關於特定犯罪。雖許自訴人有起訴權。但並非謂檢察官對此犯罪。即不得干與。故檢察官在提起自訴以前。不但得施行偵查並提起公訴。且在已經終結偵查之後。即不許再提起自訴。(三四一丁)且即在提起自訴以後。其原由檢察官履行之任務。雖原則應由自訴人爲之。(參照三四八、三五八、四四七)但檢察官仍得參與。故法律特以明文。(一)許檢察官於特定情形。得擔當訴訟。(三四八Ⅱ)(二)撤回自訴者。除告訴乃論之罪外。應於諮詢該管檢察官意見後判決之。且檢察官於此時應分別爲法定處分。(三四九、三五〇)(五二)

自訴案件經裁判者。其裁判書並應送達該管檢察官。(三五二)(四)檢察官對於自訴案件之判決。得獨立上訴。(二六八)非常上訴及再審。得由檢察長或檢察官提起。更不待言。(參照四三三、四四六、四四七)(五)檢察官在自訴審判程序。雖無出庭義務。法院固亦無通知審判日期之義務。但檢察官得自動要求蒞庭。亦不待言。

自訴之第一審程序。仍為起訴與審判二程序。所不同者。僅不經偵查。並起訴權主體及許提起反訴等特別規定而已。故刑事訴訟法第三百五十七條。特為定明自訴除本章有特別規定外。準用第一章公訴內第二節起訴、第三節審判之規定。

### 第三節 自訴之主體

自訴權之主體。嚴格言之。本僅為犯罪之被害人。刑事訴訟法第三百三十七條。亦即定明此旨。但得提起自訴。即得行使自訴權者。法律為便利計。更於被害人外。設有種種。故在法律上。得為自訴人者。實有被害人及被害人之法定代理人、保佐人、配偶、並其他親屬。分述之如次。

#### 第一 被害人

自訴應由被害人提起。乃為原則。許次述之人提起者。乃為例外。必以有法定之身分或合於法定之情形者為限。

### 第二 被害人之法定代理人、保佐人、配偶。

只須具備此等身分。即得獨立自訴。乃為第三百三十八條第十項所明定。所謂獨立自訴云者。即其提起自訴不為被害人之意思所拘束之義。乃為保護被害人利益而設之規定也。蓋此等人在公訴即得獨立自訴。(二四一)則在自訴。自亦以許其得獨立起訴為宜。

### 第三 被害人之親屬。

為被害人配偶以外之親屬得自訴者。僅以被害人已死亡者為限。且此時並不得與被害人明示之意思相反。(三三八)此亦為保護被害人利益而設。乃與第二百十四條第二項相對應之規定也。

### 第二節 自訴之條件

提起自訴。亦為訴訟行為。故關於訴訟行為之要件及訴訟條件或起訴條件。固均須具備。以外法律尚設有次述條件。

#### 第一 得提起自訴之罪。

提起自訴。須以左列之罪為限。(三三七)

(一) 初級法院管轄之直接侵害個人法益之罪。此即指本法第八條所揭之罪。而直接侵害個人之法益者而言。如同條第四款至第八款所揭之罪是也。

(二) 告訴乃論之罪。此其意義。已於前詳述。

第二 得適用自訴之人。

於直系親屬、配偶、或同財共居親屬之間。不得提起自訴。(三三九)蓋以此等人在刑事為原告及被告。甚不相宜故也。

第三 得提起自訴之時。

同一案件。經檢察官偵查終結者。不得再向法院自訴。(二四一丁)此蓋以此時不聞其終結偵查之結果。或為起訴。或為不起訴。更許自訴。均不相宜故也。

#### 第四節 自訴之程式

自訴亦為起訴。故其程式。應準用關於公訴起訴之規定。(三五七)即提起自訴。應以書狀記載第二百五十八條第一項所記載之事項。至應向管轄法院起訴。則為本章第三百三十七條所明定。又起訴書狀。以非公務員所制作。自應適用第一百九十一條及第一百九十二條之規定。

#### 第五節 自訴之效力

自訴既為起訴。則關於公訴起訴效力之規定。自亦應準用。(三五七)故自訴之效力。亦發生訴訟拘束。尤如第二百五十九條及第二百六十條之規定。於自訴亦應準用。惟法院於此外尙定有特別效力如次。

第一 同一案件。經自訴者。不得再向檢察官或司法警察官告訴。(三四〇) 蓋以既經提起自訴。即應逕由法院審判。不得再向該管檢察機關或其輔助機關告訴。以免該機關着手偵查。更爲無益之手續也。

第二 同一案件。在偵查終結前經自訴者。檢察官應停止偵查之程序。(三四一Ⅱ) 此其用意。亦與上述同。

第三 自訴雖依第三百四十三條第一項第二款至第四款情形被裁定駁回。法院仍應通知該管檢察官。以已經告訴論。(三四二Ⅱ) 此所以謀自訴人之利益。以省其重爲告訴之煩。並便於檢察官亦得偵查并起訴也。

## 第六節 自訴之審判

關於自訴審判程序。亦應準用公訴審判即第二編第一章第三節之規定。(三五七) 惟法律更設有次述特別規定。

第一 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。(三四二) 規定原則應於傳喚或拘提前先送達自訴書狀繕本者。蓋爲與被告以辯明之機會也。惟嫌疑頗爲重大。先使知悉。認爲不便者。自亦得逕行傳喚或拘提。

第二 法院認爲案件有左列情形之一者。應不命行辯論。亦毋庸判決。逕以裁定駁回之。(三四三Ⅰ) 所



以減少被告之拖累也。

(一) 已經提起公訴者。此係與第三百四十一條第一項相對應之規定。必提起公訴在自訴之前。始有適用。若在以後。則應認自訴為合法。而認公訴為不合法。對於公訴。應依第三百十八條第二款辦理。

(二) 不得提起自訴者。此即指有不合於第三百三十七條及第三百三十九條規定之情形而言。

(三) 自訴之程序。違背起訴之規定者。此即指起訴不合程序者而言。

(四) 自訴不屬其管轄者。

法院於依上述二至四之情形駁回時。并應通知該管檢察官。(三四三II)

第三 法院認為案件有左列情形之一者。得不經辯論。逕行判決。(三四四) 蓋以此際為判決基礎之事實。多可不經辯論即得認定也。至應諭知如何判決。則第一款至第五款之情形。應準用第三百十七條之規定。諭知免訴之判決。第六款至第九款之情形。應準用第三百十八條之規定。諭知不受理之判決。

(一) 時效已滿期者。

(二) 曾經判決確定者。

(三) 曾經大赦者。

(四) 犯罪後之法律。已廢止其刑罰者。

(五) 法律免除其刑者。

(六) 告訴乃論之罪。其告訴已撤回者。

(七) 自訴經撤回者。惟在非告訴乃論之罪。尚應依第三百四十九條、第三百五十條辦理。

(八) 被告已死亡者。

(九) 對於被告無審判權者。

餘可參看公訴權消滅及判決種類之說明。

第四 自訴人得委任律師或其他代理人出庭。但法院認為有必要者。得命本人出庭。(三四五) 許自訴人用代理人。蓋為其便利也。惟法院認為須本人出庭。可隨時命其出庭。單由代理人出庭時。其行為之效力。自及於本人。若係一同出庭。其行為彼此抵觸者。若屬於法律行為性質之訴訟行為。尚得許本人當場立時撤銷更正。若係單純之陳述或其他事實行為。其效力如何。應由法院依自由心證判斷之。

第五 公訴程序。應由檢察官陳述或辯論之事項。於自訴程序。由自訴人行之。(三四六) 此蓋以自訴人在自訴程序為原告。故檢察官在公訴程序以原告地位應為之行為。應使自訴人為之。故依此規定。檢察官在自訴程序出庭。雖非法律所不許。究不得代自訴人居於原告地位以為訴訟行為也。

第六 自訴案件經裁判者。其裁判書除應送達自訴人及被告外。並應送達該管檢察官。(三五二) 此蓋

已如前邊。檢察官在自訴案件。本得獨立提起上訴。且得提起非常上訴及再審。故其裁奪書。自應向之送達。與以知悉之機會也。

### 第七節 自訴之撤回

第一 自訴於第一審辯論終結前。得撤回之。(三四七Ⅰ) 關於撤回時期。法律較之公訴限制較寬者。參照二六四Ⅰ) 蓋以親告罪之告訴。既許得於第一審辯論終結前撤回。自訴自亦許其至此時為止。亦得撤回也。至非告訴乃論之罪。以保直接侵害個人法益。故亦特為注重其意思。許其得於第一審辯論終結前撤回。

第二 自訴人經傳喚無正當理由不到者。以撤回自訴論。(三四七Ⅱ) 蓋以此時可認為係其自訴無理由。逕視為撤回。所以免被告之拖累也。

第三 自訴經撤回後。自訴人不得再行自訴或告訴。(三四七Ⅲ) 規定撤回自訴發生此種效力者。所以限制自訴人保護被告也。

第四 自訴經撤回者。若係告訴乃論之罪。自應依第三百四十四條第七款及第三百十八條。不經辯論。逕行諭知不受理之判決。以外之罪。則應於諮詢該管檢察官意見後。始得諭知該項判決。又此項諮詢。應將該案卷宗及證據物件一併送交檢察官。(三四九) 蓋非親告罪。完全依原告意思。恐有流弊故也。

第五 檢察官接受前述案件後。應於三日內分別爲左列之處分。(三五〇) 蓋既非親告罪。仍應由檢察官依公益之見地。斟酌情形。分別准許撤回與否也。

(一) 認爲應許撤回者。應附具意見書送交法院。此時法院仍得依第三百四十四條第七款辦理。

(二) 認爲有偵查之必要者。應開始偵查。此時仍應依公訴之偵查程序辦理。

(三) 認爲有起訴之必要者。應予起訴。此時即完全變爲公訴。

### 第八節 自訴之承受及擔當

第一 自訴人於辯論終結前死亡者。於一月內。被害人或其直系親屬。配偶。或同財共居之親屬。得承受其訴訟。(三四八I) 此蓋因原告死亡。若竟因無法進行。逕使訴訟終結。殊無以貫徹自訴人之初意。故法律特仿民事訴訟法例以濟其窮。只須以前提起之自訴係屬合法。則由被害人或其法定之親屬。均得承受訴訟。即繼續爲自訴人。以進行訴訟。又法律僅就辯論終結前設規定者。蓋以若在辯論終結以後。有此情形。則法院仍得判決。檢察官仍得獨立上訴。已無救濟必要故也。又承受之期限。法律以一月爲限。係由死亡時起算。逾期亦不能准許。又承受訴訟。爲其權利。非其義務。自不得強制。又承受法律別無程式規定。通常自係進行訴訟行爲。但僅係於一月內聲明承受亦可。

第二 若無上述承受訴訟之人者。法院應通知檢察官擔當之。(三四八II) 擔當云者。即檢察官非繼承

自訴人地位。而係替代其為原告。以後之訴訟。應依公訴程序辦理。自不待言。又法院通知之時期。只須經過一月。無合法之人承受。或雖有合法之人而不欲承受。均應通知。此時檢察官擔當訴訟。不但為其權利。亦為其義務。

### 第九節 反訴

#### 第一 反訴之意義。

反訴者。自訴被告對於自訴人。於該自訴程序提起之反對自訴也。因其性質仍為一種自訴。故法律特定明應準用自訴之規定。(三五五)故如關於自訴之審判及撤回之規定。亦於反訴應行準用。

#### 第二 反訴之條件。

反訴除應具備一般起訴條件外。須更具有次述條件。(三五二、三五六)

- (一) 須由自訴之被告提起。故僅通常得提起自訴之人。尚不得提起反訴。
- (二) 須對於自訴人提起。故雖得提起自訴之罪。如非自訴人所犯。亦不得提起反訴。
- (三) 須就左列之罪始得提起。  
甲 被害人對於被告犯有第三百三十七條所列之罪。但此時尚須係由被害人自訴。由以外人自訴者。尚不得提起。

乙 法律更許被告除甲之情形外。並對於自訴案件。得提起誣告之訴。而以反訴論。此則不僅限於被害入自訴時。始得提起。即以外之人自訴之時。亦得對之提起。蓋以此時許被告遞訴誣告。不必經由檢察官。較為便利故也。惟在自訴經撤回之時。與通常之反訴不同。仍受其影響。即反訴亦不能存在。蓋以此項誣告反提。本為對於自訴提起。自訴既經撤回。自亦毋庸更許訴追誣告也。(三五六但書)

### 第三 反訴之提起。

提起反訴。自應準用一般自訴起訴及公訴起訴之規定。(三五五、三五七)惟法律更設有特別規定。即於辯論時提起者。得以言詞為之。(三五三)

### 第四 反訴之審判。

反訴之審判。自亦應準用自訴及公訴之規定。(三五五、三五七)惟法律更特予定明反訴應與自訴同時判決。須有必要情形。始得於判決自訴判決之。(三五四丁)蓋以反訴本係利用自訴。許其在該程序提起。自亦以於同一程序同時審理判決為宜也。

自訴雖經撤回。不及影響於反訴。(三五四乙)此以反訴與自訴雖為同一程序。但完全各為一訴。無不可分離之關係。故使二者不受影響。以貫徹立法許提起反訴之本旨也。至誣告之訴。仍受撤回自訴之影響。

非已如上述。

## 第二編 上訴

### 第一章 總論

#### 第一節 上訴之意義

上訴(Rechtsmittel)者。關係人對於下級法院未確定之判決。向其直接上級法院聲明不服而請求其撤銷更正之方法也。分析說明之如次。

第一 上訴為一種聲明不服方法。(Anfechtung)而以撤銷更正原裁判為目的。

此點與抗告及非常上訴再審相同。故其性質。乃為意思表示。而其內容。在請求撤銷更正原裁判。

第二 上訴係對於判決聲明不服。

上訴與抗告雖同為於原裁判未確定時向其直接上級法院聲明不服。然一則係對於判決為之。一則係對於裁定為之。二者於此點各不相同。

第三 上訴係對於下級未確定之判決。向其直接上級法院聲明不服。

上訴雖與非常上訴及再審同為對於判決聲明不服。但在上訴。係對於未確定之下級法院判決。請求直

接上級法院爲無限制之撤銷更正。而在非常上訴及再審。則係對於已確定之判決。請求爲有限制之撤銷更正。且不限於向直接上級法院聲明。就中如再審。通常均係向原判決法院聲明。

上訴以其係對於下級法院之判決。向直接上級法院聲明不服。故又分爲第二審上訴。(舊刑事訴訟律及舊各級審判廳試辦章程稱曰控訴或控告)與第三審上訴。(舊稱曰上告)其程序亦分爲第二審程序與第三審程序。

得提起上訴。乃爲訴訟法上之權利。稱曰上訴權。(Rechtsmittel)乃於諭知判決時發生。(參照三六三)至其消滅原因。不外三種。(一)未於上訴期限內合法上訴。(二)捨棄上訴權。(三)撤回上訴。(三七〇)

本法不問第二審或第三審。均未如他國立法例。設有附帶上訴制度。故上訴應由各當事人於其上訴期限內獨立合法提起。如未合法提起。原判決對於該當事人。即爲確定。即令他造當事人或共同被告曾經提起上訴。亦於此途無涉也。

### 第二節 上訴之主體

上訴主體。與上訴權主體。嚴格言之。微有不同。上訴權主體。詳言之。即有上訴權之人。法律上本只應限於當事人。(參照三五八一、三六六)至上訴主體。(簡稱曰上訴人)詳言之。即得提起上訴之人。則不以當事人爲



限。茲就上訴主體分述之如下。

### 第一 檢察官

對於公訴案件之判決。檢察官當然得提起上訴。且不僅以不利於被告爲限。即爲被告利益。亦得提起。  
(三五八)

自訴案件。檢察官雖非原告。但對於該案件之判決。亦得獨立上訴。不爲自訴人之意思所拘束。且於自訴人喪失上訴權時。亦得提起。又其上訴期限。應自其自行接受判決書後起算。(三六一、三六三)

檢察官提起上訴。並不限於原提起公訴或上訴。或參與原判決辯論之檢察官。凡原法院之檢察官。均得爲之。不但是也。即上級法院之檢察官。亦得爲之。

### 第二 自訴人

自訴人在自訴案件。既爲原告。其地位自與檢察官同。故對於自訴案件之判決。不但爲被告不利益。得爲上訴。即爲其利益。亦得上訴。(三五八)但在公訴。不得爲上訴人。自不待言。

### 第三 被告

被告既爲當事人。自得提起上訴。(三五八一)惟法律既無特別明文。自應只以爲自己利益爲限。始許其爲之。方合於法律設上訴之根本精神也。(民事判決不問原被告均限於爲自己利益始許上訴)應注意

之點有三。

(一) 判決是否於被告有利益。應依客觀決之。非由被告主觀決之。

(二) 判決是否於被告有利益。應就其主文決之。非就其理由決之。

(三) 對於科刑之判決。得爲上訴。固不待言。即對於管轄錯誤之判決而求不受理之判決。或對於不受

自理之判決而求免訴之判決。或對於免訴之判決而求無罪之判決。均得上訴。

#### 第四 被告之法定代理人、保佐人、或配偶。

此等人以爲被告利益爲限。得獨立上訴。不爲被告之意思所拘束。至其在原審會爲輔佐人與否。可以不

問。但於被告捨棄或撤回上訴致喪失其上訴權之時。則不得提起。餘只須尙在被告上訴期限內。且有此

身分。即得獨立提起。被告之意思如何。可以不問。(三五九、二七〇II)

此等人提起上訴之時。其在上訴審爲當事人者。仍爲被告。故判決應向被告諭知。亦有此等人與被告各

別提起上訴之時。此則仍僅發生一個訴訟關係也。

#### 第五 原審之辯護人及代理人。

此等人亦以爲被告之利益爲限。得代爲上訴。但不得與被告明示之意思相反。(二六〇)適用此規定。只

須此等人至原審判決爲止。其辯護或代理關係尙屬存在。並不須曾經授權。亦不須事前承認。事後追認。

凡爲被告利益。即得代理上訴。惟其係代理上訴。故不得與被告明示之意思相反。且於被告喪失上訴權時。亦不得爲之。

此等人僅係代理被告上訴。在上訴審自係被告爲上訴人。此等人以後有無辯護或代理關係。仍應依選任或委任關係決之。不能因其得代爲上訴。即當然在上訴審亦得爲辯護人或代理人也。

### 第三節 上訴之範圍

第一 上訴有對於認定事實爲之者。亦有對於適用法律爲之者。有對於實體爲之者。亦有單就程序爲之者。在第二審上訴。無論就何點。均得爲之。故無事實點及法律點之區別。但在第三審上訴。則原則僅以法律點爲限。始得爲之。(參照三二八、四〇五、五二)

第二 上訴之範圍。應以原判決之範圍爲準。但於此應適用公訴不可分及審判不可分之原則。故只須爲同一案件。曾經起訴。即令原判決遺漏未判。亦得就該案件全部聲明上訴。

聲明上訴。固應以原案件爲準。不得超過其範圍。但亦許得特別聲明只對於判決之一部爲之。其未特別聲明只以一部爲限者。即以全部上訴論。又雖經特別聲明只以一部爲限。其他有關係之部分。亦以上訴論。(三二八、二)亦公訴及審判不可分之原則之適用也。

### 第四節 上訴之程式

上訴爲訴訟行爲。且爲意思表示。故凡關於訴訟行爲及意思表示之要件及程式。自應具備。刑事訴訟法更就其特別應行具備之要件及程式。設有規定如次。

第一 上訴應於上訴期限內提起。上訴期限爲十日。自送達判決書後起算。但於判決諭知後送達前之上訴。亦有效力。(三六三)此蓋以判決在未諭知前。對外尙未成立。如經諭知。則對外已經成立。送達不過有起算上訴期限之效力。故定明在諭知後送達前之上訴亦有效力也。

上訴期限。應分別就各當事人論之。如該當事人徒然經過。未於其期限內提起上訴者。即爲喪失上訴權。雖他造尙能合法上訴。此造亦不得上訴。如爲上訴。則原審法院或第二第三審法院應分別依第三百七十七條第一項、非三百八十三條、第三百九十七條第一項、第四百零七條。諭知駁回之裁定或判決。上訴期限。應適用一般期限之規定。故其計算。應依第二百零五條至第二百零七條。又如係非因過失不能遵守者。得依第二百零八條以下。聲請回復原狀。

第二 提起上訴。應向原審法院提出書狀爲之。其內容只須有不服原判決請求上訴審法院裁判之意思表示已足。至於不服之理由。法條雖亦定明應行敘述。但同時附以但書。未敘述理由者。其上訴亦有效力。(二六四)故雖未於上訴書狀敘明理由。亦非不合法。上訴審法院仍應予進行審理。不得逕認爲其上訴爲違背法律上之程式。予以駁回。(參照二七七I、二八三、二九七I、四〇七)(註)

註 第三審上訴敘述理由。是否非必要程式。後詳。

法律雖定明上訴書狀應向原法院提出。蓋以使原審關於上訴之特定是否合法事項可以審認裁判故也。(參照三七七丁、三九七丁)但上訴本係向上訴審法院聲明。故逕向上級法院提起書狀。只須在上訴期限以內。亦不得以其未向原審法院提出。即認為不合法。此時關於應由原審法院調查之事項。亦得逕行調取卷宗。自行審認。毋庸再將該書狀發回原審法院調查。蓋以此等事項。原即應由上訴審法院調查。不過為便利計。始規定先由原審法院調查故也。

提出上訴。既應以書狀為之。故應分別上訴人為何人。適用第一百八十九條、第一百九十條、或第一百九十一條、第一百九十二條之規定。

第三 在監獄或看守所之被告。提起上訴者。應經監獄或看守所長官。提出上訴之書狀。被告於上訴期限內已提出上訴之書狀於監獄或看守所長官者。有提起上訴之效力。被告不能自作上訴之書狀者。應由監獄或看守所之公務員代作。監獄或看守所長官接受上訴之書狀後。應附記接收之年月日。即時送交原審法院。(三六五)此亦為被告之便利所設之規定。

第四 提起上訴時。法院書記官應速通知他造當事人。(三七四)此蓋以他造對於其上訴。甚有利害關係故也。

## 第五節 上訴之效力

第一 上訴效力之內容。上訴之效力有三。

### (I) 移審之效力。(Devolutive)

此即謂該案件之繫屬。因上訴遂脫離原審法院。移轉於上訴審法院。易言之。即訴訟拘束。與原審法院斷絕。更與上訴審發生。上訴審法院遂就該案件於上訴之範圍內。有審判之權利與義務。但亦應分別論之。即必須上訴合法時。原審法院始完全脫離繫屬。若不法之時則否。原審法院尙有就該上訴爲一裁定之權利與義務。(三三七丁、三九七丁)但上訴審法院。此時亦有爲判決之權利與義務。(三八三、四〇七)

### (II) 停止判決確定之效力。(Suspensiv-Effekt)

即判決一經上訴。即不能發生確定力。但此項效力。爲上訴實質之效力。必於上訴係合法時始能發生。故如上訴不合法而不發生實質之效力時。則僅有上述移審效力。并不能停止判決確定也。

### (III) 停止判決執行之效力。(Aufschiebung der Vollziehung)

判決必待確定始能執行。(四七五)上訴既能停止判決之確定。自亦能停止判決之執行。此其與抗告。再審。原則無停止執行之效力(四二〇、四五四)者。大有差別也。

## 第二 上訴效力之範圍。

上訴效力所及之範圍。應以上訴之範圍為準。上訴審法院審判之範圍。亦即因之而定。應分別論之。(一)上訴之效力。僅能就提起上訴之人發生。故在共同被告案件。一人上訴之效力。不及於他被告。(二)上訴之效力。僅能就上訴之部分發生。故未經上訴之部分。除他部分依法亦應以上訴論者外。並不能及於他部分。

## 第六節 上訴之捨棄及撤回

### 第一 捨棄及撤回之意義。

關於上訴權。法律認許處分權。條文上所謂捨棄上訴權。學說上簡稱捨棄上訴。即於未提起上訴前放棄其上訴權之謂也。至撤回上訴。則上訴人提起上訴後將其上訴撤銷之謂也。二者均為訴訟行為。且為意思表示。(即條文上所謂聲明參照二七二)。

### 第二 捨棄及撤回之主體。

上訴權本僅為當事人即檢察官或自訴人及被告所有。故法律定明僅當事人得捨棄其上訴權。(三六六)以外依法得為上訴之人。則不得為之。

當事人自行上訴者。其得自行撤回。自不待言。即由以外得上訴之人即被告之法定代理人、保佐人、及原

審之辯護人、代理人上訴者。亦應許其得自行撤回。惟此等人均係只能爲被告利益起見而上訴。其撤回非得被告之承諾不得爲之。又如係爲被告利益之上訴。雖爲檢察官或自訴人所爲。其撤回時。亦應得被告之承諾。(三六八)蓋以此時被告多係因已有人爲其利益上訴。始不自行上訴。故此等人爲被告利益起見所爲之上訴。概須得被告之承諾。始得撤回。被告爲承諾。法律未定明何等程式。言詞、文件均可。亦不須於訴訟上爲之。但於訴訟外爲之者。應於訴訟上證明之。否則亦不能認爲有效。又自訴人上訴者。無論其是否利益於被告。非得檢察官之同意。不得撤回。(三六八)蓋以檢察官對於自訴案件。雖得獨立上訴。但通常多因自訴人已經上訴。即不另行上訴。故自訴人撤回之時。須得檢察官之同意也。故法院於自訴人撤回上訴時。即應通知檢察官。徵詢其同意。檢察官爲同意。法律亦未定明程式。亦應解爲於審判時得以言詞爲之。餘則以文件爲之。

被告對於爲其利益提起之上訴。得撤回之否。應分別論之。(一)係其原審辯護人代理人所爲者。以原係代行上訴。自應許其撤回。(二)係其法定代理人、保佐人、配偶所爲者。則以其係獨立所爲。自應解爲不得專憑被告意思以爲撤回。(三)係檢察官或自訴人所爲者。則被告原爲另一造。自不許撤回他造之上訴。檢察官捨棄上訴權或撤回上訴。法律雖於外部未設限制規定。得隨意爲之。但在內部。自應有適當之理由。否則即爲瀆職。應負行政責任。



### 第三 捨棄及撤回之時期。

捨棄上訴權。只須在上訴期限內。未提起上訴前。隨時均得爲之。此無待明文者。若已逾上訴期限。則上訴權已喪失。無捨棄之可言。若提起上訴後。則應依撤回程序辦理。亦無捨棄可言。又在判決諭知前。上訴權尙未發生。預爲捨棄。自應解爲無效。

撤回上訴。不予以時期之限制。甚爲不宜。故法律定明應於上訴審法院裁判前爲之。(三六七)只須在諭知裁判以前。即在諭知辯論終結或判斷議決以後亦可。

### 第四 捨棄及撤回之程序。

捨棄及撤回。既爲訴訟法上之意思表示。自應適用一般意思表示之通則。法律就二者之程序。設有次述規定。

(一) 捨棄上訴權。應向原審法院爲之。(二七二)此蓋以原審法院就該案件尙未完全脫離繫屬。並爲使其得知悉原判決確定而爲適當之處置也。(參照二七七、二九七)故捨棄於訴訟外爲之者。應屬無效。非向原審法院爲之者。亦屬無效。

(二) 撤回上訴。應向上訴法院爲之。此則以案件已因上訴而繫屬於上訴法院。故定爲原則應向上訴法院爲撤回。以便其爲適當之處置。(三八三、四〇七)惟例外因便宜定爲於該案卷宗及證據物件送

交上訴法院之檢察官以前。得向原審法院爲之。(三七二)此則亦爲使原審法院得知悉撤回情形而爲適當之處置也。(參照三七七、三九七)撤回非向該各所定法院爲之。亦屬無效。惟即於卷證未送交上訴法院之前。向上訴法院爲撤回。亦應解爲有效。

(三) 捨棄上訴權及撤回上訴。應以書狀爲之。但於審判時得以言詞爲之。(三七二)以言詞爲捨棄或撤回者。應記載於筆錄。(三七二)此蓋以此項行爲。須力求確實。故規定以書狀爲之爲原則。限於審判時。始許以言詞爲之。但須記明筆錄。所以防疑義也。至以書狀爲之之時。應分別適用第一百八十九條、第一百九十條、或第一百九十一條、第一百九十二條之規定。自不待言。

(四) 被告爲捨棄或撤回者。準用第三百六十五條之規定。即於監獄或看守所爲上訴之規定。(三七三)亦所以謀被告之便利也。

(五) 捨棄上訴權及撤回上訴。亦如上訴。得單就判決一部爲之。

(六) 捨棄上訴權或撤回上訴時。法院書記官應速通知他造當事人。(三七四)蓋爲使他造注意也。

#### 第五 捨棄及撤回之效力。

(一) 捨棄上訴權及撤回上訴。均自聲明之日起即生效力。(三七三)此所謂聲明之日。即指該項書狀向該管法院或監獄或看守所長官提出之時。或於審判日期以言詞陳述之時也。

(二) 捨棄上訴權或撤回上訴者。喪失其上訴權。(三七〇I)但此所謂喪失上訴權。當然單就爲捨棄或撤回之人言之。與其他得爲上訴之人無涉。不過被告捨棄上訴權或撤回上訴者。被告之法定代理人。保佐人或配偶。亦不得提起上訴。(三七〇II)蓋以此等人本係代被告行使上訴權故也。至被告原審之辯護人。代理人。於被告捨棄上訴權或撤回上訴後。不得提起上訴。自屬當然。捨棄上訴權或撤回上訴者。是否應由原審法院或上訴法院分別爲駁回上訴之裁定或判決。抑應認訴逕爲終結。解釋上不無疑義。(參照三七七I、三九七I、三八三、四〇七)惟依司法院解釋。則係採後說。(十八年八月二十二日院字一三六號)

## 第二章 第二審程序

### 第一節 第一審之性質

第二審程序。乃爲案件之覆審。詳言之。即第二審法院之審判。乃於上訴之範圍內。更就案件與第一審獨立。以認定事實適用法律。其結果如下述。(一)第二審程序除本章有特別規定外。準用第一審審判之規定。(三七九)故第二審法院所爲審判。完全與第一審法院所爲之審判相同。並非單純審查第一審判決之當否。亦非續行第一審法院之審理。(二)只須在上訴之範圍內。第二審法院並不爲不服之理由所拘束。故上訴雖未敘述理由。亦屬有效。且在現行法。以別無禁止不利益改判之明文。雖係爲被告利益之上訴。亦得爲

較原判決不利益於被告之判決。(二)適用法律。不受原判決之拘束。固不待言。即認定事實。以其非第一審之續審。亦應於上訴之範圍內。就該案件之事實。獨立依自由心證為全部之審認。

### 第二節 第二審上訴之提起

第二審之審判。須經第二審之上訴。始能開始。而第二審上訴之客體。則僅以第一審判決為限。法律於第三百七十五條定明對於第一審判決有不服者。得上訴於管轄第二審之法院。所謂管轄第二審法院。即指依事物及土地管轄為其直接上級法院也。故如不服初級管轄案件之第一審判決。則應上訴於該法院之直轄地方法院。不服地方管轄案件之第一審判決。則應上訴於該法院之直轄高等法院。但不服高等法院所為第一審之判決而上訴於最高法院者。則仍為第三審上訴。而非第二審上訴。其程式及審理。均應適用第三審規定。(參照二八八)

對於第一審判決提起上訴。如前所述。敘述理由。並非必要程式。故雖不敘明不服之理由。亦有效力。又敘述理由。亦無限制。無論關於事實。抑關於法律。或關於實體。抑關於程序。均屬可許。但法律特別定有一限制。即對於上級法院之判決。不得以該案件應屬下級法院管轄為理由而上訴。(二七六)此蓋以屬於下級法院之案件。由上級法院為第一審判決。正係依第三百零九條辦理。自不許其以此為理由聲明不服也。

### 第二節 第二審審判前之程序

第一 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。應以裁定駁回之。對此裁定。得於五日內抗告。(二七七) 此蓋以上訴雖發生移審效力。但上訴既因不合法而致無效。逕使原審法院就其是否合法。即就卷宗調查。如認有此情形。逕以裁定駁回。以免周折遲延。殊有合於刑事訴訟法之精神故也。但此裁定。關係當事人之利害甚大。故又許其於較一般抗告期限之稍短期限內得爲抗告。以資救濟。又此所謂上訴違背法律上之程式。即指其上訴權限有欠缺。或其提起違背法定之要件或程式。或本向管轄法院提起等情形而言也。所謂上訴權已經喪失者。即謂已經過上訴期限或已捨棄並撤回上訴等情形而言也。

第二 除前述情形外。原審法院應以該案卷宗及證據物件送交該法院之檢察官。檢察官應送交第二審法院之檢察官。(二七八I) 所以如是規定者。蓋以使該檢察官審核應否一併提起上訴。並對於該上訴應具何意見也。所謂該法院之檢察官。自不以原參與辯論之檢察官爲限。

第二審法院之檢察官。應將該案卷宗及證據物件送交第二審法院。(二七八II) 此蓋爲當然之規定也。

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。並通知第二審法院之檢察官。(二七八III) 此蓋以執行被告之羈押。爲檢察官之職權故也。

#### 第四節 第二審審判之範圍

案件僅以上訴部分爲限。始能發生移審及停止判決確定之效力。故第二審法院審判之範圍。自應以上訴之範圍爲準。刑事訴訟法亦於第三百八十一條揭示此旨。定明第二審法院。應就原審判決中上訴之部分調查之。故上訴係對於原審判決全部爲之者。或依法應以全部上訴論者。審判之範圍。應及於全部。若僅對於原審判決之一部爲之者。除因其有關係之部分亦以上訴論而致成爲全部者外。則審判之範圍。只能及於該上訴部分。又提起上訴時。雖係對於原審判決全部爲之。而嗣後有一部撤回者。對於該撤回部分。亦不得爲實體之審判。

#### 第五節 第二審之審理

第二審法院之審判。係完全履行第一審法院審判程序。刑事訴訟法並於第三百七十九條揭示此旨。定明除有特別規定外。應準用第一審審判之規定。此已於前述之矣。故在第二審之審理。自亦應履行第一審同一之程序。次述規定。特其特別規定而已。

第一 審判長依第五十九條訊問被告後。應命上訴人陳述上訴之意旨。(二八〇) 此蓋以第二審審判範圍。如前所述。應以上訴之範圍爲準。單使上訴人陳述上訴意旨。毋庸如第一審更使原告陳述案件要旨。乃當然也。第三百八十一條所謂上訴部分。自應以此陳述爲準。

第二 被告經傳喚無正当理由不出庭者。得不待其陳述。逕行判決。(三八二) 此即第二百七十一條之所謂特別規定。且對於第一審第三百十一條。亦為特別規定。蓋依第三百十一條。對於被告得不待其陳述逕行判決者。只以最重本刑為拘役或專科罰金之案件為限。此則別無案件之限制。無論何種案件。只須被告懈怠日期。即得不待其陳述。逕行判決。所以期訴訟能迅速終結也。此判決亦與通常缺席判決之性質不同。並不得本於缺席之效果。仍應依實體真實發見主義以為審判。又此判決亦只得依通常上訴方法聲明不服。餘可參看第一編第一章第四節第四款第一項及第五款第六項之說明。

## 第六節 第一審之判決

第二審法院之判決。亦應準用第一審程序。故依其性質及形式。亦可分為五種。即科刑(三二五)無罪(三一六)免訴(三二七)不受理(三二八)管轄錯誤(三一九)之判決是也。茲僅述刑事訴訟法特別之規定。即依次述規定。第二審判決。又可大別之為二種。

第一 駁回之判決。又可分為二種。

(一) 第二審法院認為上訴違背法律上之程式。或其上訴權已經喪失者。應以判決駁回之。(三八二) 此即以上訴不合法為理由所為之判決也。第二審法院。應就上訴首為程序上之調查。必於上訴合法之時。始得進而為實體上之調查。故關於上開上訴是否合法之事項。應由第二審法院依職權調查。

即當事人不為主張。或為反對主張。苟法院認有此情事。即應為此項判決。又此判決雖無特別明文。然解為因便宜得不經言詞辯論為之。

(二) 第二審法院認為上訴無理由者。應以判決駁回之。(三八四) 此即以上訴無理由為理由所為之判決也。即於上訴合法之時。應再就實體上調查其有無理由。上訴有無理由。並不應只就上訴理由審查之。必須由法院在上訴之範圍內。依自己意見。審認事實適用法律之結果。仍係無理由之時。始得以為無理由而駁回之。

## 第二 撤銷之判決。

此即第二審法院撤銷原審法院判決之上訴部分。而自己更為判決之時。(即所謂改判)通常係因認上訴有理由。即係以上訴有理由為理由時為之。但亦有上訴雖無理由。而原審判決確係不當。即係單以原判決不當為理由時。亦得為之。(三八五丁) 蓋以第二審本應與第一審獨立認定事實適用法律。自只須其結果係認原判決不當時。即應改判。撤銷原判決更為判決時。本可諭知所定第一審諭知判決之種類。如認原判決無罪為不當而改判科刑判決是。但法律更設有次遽注意規定。

(一) 第二審法院認原審判決諭知不受理或管轄錯誤為不當而撤銷之者。得將該案件發回原審法



院審判(三八五Ⅱ) 所謂諭知不受理不當者。即本應受理而竟諭知不受理之時也。所謂諭知管轄錯誤不當者。即本有管轄權而竟諭知管轄錯誤之時也。此時原審本尙未爲實體之上審判。但第二審原係與第一審獨立以爲事實及法律之審理。並非採續審主義。故法律定明此時第二審可依其意見。或自行審判。或發回原審法院審判。均無不可。

(二) 第二審法院因原審未爲管轄錯誤之判決係不當而撤銷之者。如第二審法院有第一審審判權(註)應爲第一審之判決(三八五Ⅲ) 所謂原審未爲管轄錯誤之判決係不當者。即原審本無管轄權。而竟不諭知管轄錯誤。進爲本案判決之時也。此時如第二審法院有第一審管轄權。例如初級法院判決應屬地方法院管轄第一審之案件。地方法院判決應屬高等法院管轄第一審之案件。該地方法院或高等法院受理其第二審之上訴時。自應撤銷原審判決。自爲第一審之判決。以後對此判決。仍得爲第二審之上訴。若第二審無第一審管轄權。則應自以判決諭知第一審係管轄錯誤。而移送該案件於該管法院。(二七九、三一九)

註 審判權應改爲管轄權。

本法並無明文於爲被告利益上訴時。得不爲不利益於被告之改判。且有反對明文。即上訴無理由而原判確係不當者亦應撤銷之規定。故第二審雖於單有爲被告利益之上訴時。如認定事實適用法律之結

果。一面認上訴無理由。一面認原判係不當。亦得爲被告不利益之改判。

第一審判決如就犯罪事實遺漏判決者。只須爲已受請求之事項。並已經提起上訴。第二審法院亦應爲之判決。此雖法無明文。亦應如是解釋。蓋以在本法無補充判決制度。且適用起訴不可分及審判不可分之原則。均屬當然之理故也。(參照三九一二)

## 第三章 第三審程序

### 第一節 第二審之性質

第三審程序與第二審程序異其性質。並非事實及法律之覆審。而爲法律之終審。故第三審法院之審判。僅以法律之點爲限。即專在審查原審法院判決其所確定之事實。適用法律是否正當。學者謂第三審爲法律審者。亦即以此。因第三審程序之性質於此。故又有次述結果。

第一 第三審之上訴。僅得以原審法院判決違背法令爲理由。(三八九) 故非指摘原判決適用法律之不當。而僅指摘其認定事實之不當。則爲法所不許。不過原判決認定事實如實違背證據法則。即有第三百九十條或第三百九十一條第十款之情形時。亦係違背法令。自得對之上訴。

第二 第三審法院。原則僅應就其不服理由以調查上訴之是否有理由。(四〇五I) 不過例外始得就法院之事物管轄。訴訟之受理。及就確定事實適用法律之當否。依職權調查之。(四〇五II)

第三 第三審法院之判決。原則應以原審法院判決確定之事實爲基礎。不得自行調查事實。(四一〇I 但書) 僅以上述得依職權調查之事項爲限。始得自行調查事實。(四〇六I)

第四 第三審法院之判決。原則應不經辯論爲之。故其調查原審判決適用法令之當否。僅得就卷宗爲之。即所謂書面審理。惟例外始得命行辯論。(四〇二I)

第五 第三審雖命行辯論之時。其辯論程序。亦與第二審完全履行第一審程序者。大不相同。即被告並不能參與辯論。僅由以律師充任之辯論人行之。有時且僅由檢察官行之。且其辯論事項。亦僅以上訴及答辯論分爲限。(參照四〇一、四〇四)

第六 第三審審判程序。雖與第一審及第二審完全不同。並非逕行第一審程序。但除有特別規定外。第一審審判之規定。仍應準用之。(四〇〇)

第七 第三審上訴書狀。敘述理由。是否必要程式。解釋上不無疑義。自一般立法例及刑事訴訟法第三百九十四條、第三百九十五條、第三百九十六條。及第四百零一條至第四百零四條之規定觀之。似可仍與舊刑事訴訟條例爲同一解釋。即第三百六十四條但書之規定。對於第三審。因第三審之性質。及第三百九十四條等特別規定。似應除外適用。敘述理由。仍爲上訴之必要程式。惟依最高法院解釋。第三審上訴。未敘理由。仍應適用第三百六十四條但書。認爲有效。則敘述理由。即非上訴之必要程式也。(參照國民

政府司法例規下第六類第六章一一五三頁

第二節 第三審上訴之提起

得爲第三審上訴之客體者。通常爲第二審判決。故法律特爲定明此旨。對於第二審判決有不服者。得上訴於管轄第三審之法院。(二八六)此即謂不服地方法院或高等法院所爲第二審之判決。得分別上訴於其直接管轄之高等法院或最高法院也。但法律又定有例外二。即(一)對於高等法院之第一審判決(即依第十條爲判決時)有不服者。得上訴於最高法院。(二八八)故此時該案件只有二審。但是最高法院仍應依第三審程序以爲審判。自不待言。(二)初級法院管轄案件。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。(三八七)此等案件。所以限制第三審上訴而採用二審級制度者。蓋以案較輕微。欲其迅速終結。以免爲無益之程序也。故在此等案件。如第二審判決實有違法。只有依非常上訴以救濟之。

第二節 第三審上訴之理由

提起第三審上訴。除應依一般上訴之規定外。法律更就其敘述不服之理由。設有限制之規定。如次。

第一 得爲第三審上訴之理由者。僅以左列事項爲限。

(一) 上訴於第三審法院。非以判決違背法令爲理由者。不得爲之。(三八九) 是爲原則。故提起第三

審上訴。通常僅得以此種事項爲理由。惟依最高法院解釋。敘述理由。既非法律上必要之程式。則如不敘述理由。或敘述理由而不合於本條規定。亦不得謂爲不合法。

(二) 原審判決後刑罰有廢止變更或免除者。得爲上訴理由。(三九三) 是爲例外。即原審判決於其爲判決時適用法律雖屬正當。并無違法可言。但判決有本條所定情事。即係法律變更。應更謀正當之適用。故亦許以爲上訴理由。以資救濟。又刑罰之變更有加重者。有減輕者。加重者仍應適用舊法較輕之刑。(參照刑法二) 自不得以爲上訴理由。故只以減輕之時爲限。始有適用。

第二 原審判決須有何種情形。始爲違背法令。法律說有次述規定。

(一) 判決不適用法則。或適用不當者。爲違背法令。(三九〇) 此爲原則規定。單稱曰法則。則包括較廣。不僅指現行法令及其他應適用之習慣法或自治法。即經驗上之法則。就中如證據法則。及一般法律上原則。亦可包含之。又此不僅指關於實體之法則。並指關於程序之法則。不適用法則云者。有應適用之法則而不適用之之謂也。適用法則不當云者。對於不應適用之法律而適用之。或對於應適用之法律而未正當適用之之謂也。

(二) 左列情形是否違法。難免不生疑義。故法律又爲定明有該情形之一者。其判決以違背法令論。(三九一) 故此可認爲對於前條之例示規定。

1 法院之編制不合法者。此即謂參與審判之推事。不合法定資格或法定員數也。（參照法編法五、六及一〇六以下）至未由檢察官或法院書記官出庭。雖亦屬違法。但與法院編制不合法無涉。（參照一七〇）

2 應行迴避之推事參與審理者。此即謂推事有第二十四條、第二十五條之情形。而仍參與本案之審理也。既汎稱曰審理。則不僅以參與判決爲限。即僅參與調查證據。若判決採用其結果者。即合於本款。惟僅參與調查證據之前提程序。如僅參與證據裁定、搜索、扣押等。而未參與本案之審理。或僅參與與本案無關之裁定或其報告程序。則不合於本款。僅參與識知判決時亦然。（參照二二六）又當事人曾因此聲請迴避而經裁定認爲有理由者。亦不合於本款。應適用次款。其經裁定認爲無理由者。不得再依本款。以爲上訴理由。更不待言。

3 推事經當事人聲請迴避。已經裁定認爲有理由而仍參與者。此須該裁定確定者始可。不問係依第二十六條第一款或第二款。只須經裁定確定。認爲正當。即合於本款。但若該聲請係被駁回或全未聲請。則與本款不符。惟於有該第一款之情形時。仍得適用前款。

4 禁止審判公開。非依法律之規定者。本款應解爲係汎指違背審判公開之規定者而言。（參照法編法五五）故禁止審判公開。而非依法律規定。即無應停止公開之理由。亦未將其決議及理由

宣示。或宣告裁判未經公開。(參照法編法五八)則屬違法。又雖曾宣示理由而未經筆錄載明。亦應認未宣示理由。(三三二、三三四)仍屬違法。

5 法院所認事物管轄之有無係不當者。此即謂本有事物管轄權。而諭知管轄錯誤之判決。或本無事物管轄權。而竟不論知管轄錯誤之判決之時是也。至僅認土地管轄權之有無係不當者。尙不得以爲上訴之理由。蓋審級相同。僅無土地管轄權。無重大關係故也。

6 法院受理訴訟或不受理訴訟係不當者。此即謂本有第三百十八條之情形。應諭知不受理之判決。而竟不論知。或本無該條情形。不應諭知不受理之判決。而竟諭知之時是也。

7 除法律有特別規定外。被告未出庭而逕行審判者。此即謂違背第二百七十一條規定之時也。

8 依法應停止或更新審判程序而未經停止或更新者。此即謂違背第二百七十六條、第三百零五條第一項、第三百零六條、第三百零七條、第二百六十三條第二項、第三十條等規定是也。

9 依法應用辯護人之案件。或已經指定辯護人之案件。辯護人未出庭而逕行審判者。依法應用辯護人之案件。即最輕本刑爲五年以上有期徒刑(二七〇後段)及高等法院管轄第一審之案件(一一七)是也。已經指定辯護人之案件。即初級或地方法院管轄第一審之案件。經審判長認有置辯護人之必要而已爲指定之時(一七〇前段)是也。前者爲強制辯護。後者雖非強制辯護。而既係

因必要而特為指定。故未由此等辯護人出庭。逕行審判。自屬違法。其不出庭是否故意違背義務。可以不問。但只須出庭。雖未完全辯護。即不合於本款。任意辯護案件。僅選任辯護人未出庭。亦不合於本款。又是否出庭。只得以筆錄證之。故筆錄未載明出庭。即應認為未出庭。(三三二、三三三、三三四)

10 依法於審判時應行調查之證據。未予調查者。此即謂應於審判日期按所定程序調查之證據。未予依該項程序調查。即採為判決之根據之時是也。例如未履行第二百八十四條、第二百八十五條、第二百九十二條、第二百九十三條第二項所定之調查程序。即將該證據物件或該文件或筆錄內記載之內容。採為判決之根據是。

11 已受請求之事項。未予判決。或未受請求之事項。予以判決者。請求之有無。第一審應以檢察官或自訴人於審判日期所陳述者為準。(二七七後段三、四六)第二審應以上訴人於審判日期所陳述者為準。(三八〇後段)如已陳述之事項。未予判決。或未陳述之事項。予以判決。均屬違法。至於起訴書狀或上訴書狀所記載之事項。(參照二五九、三八一)只須於審判日期未經陳述。則未予判決。非為違法。反是雖該書狀已經記載。而未於審判日期陳述。亦不得判決。否則亦為未受請求之事項。予以判決。惟法院關於犯罪事實之性質及範圍。應適用起訴不可分及審判不可分之原則。不為當事人之主張所拘束。自不待言。又未經上訴而應以上訴論之毒分。(三六一)仍得予以判決。亦不待



言。

12 未經參與審理之推事參與判決者。此即因採直接審理主義及言詞審理主義。故須於審判日期始終出庭之推事。始得參與判決。否則爲違法。(參照二七〇I)故此所謂參與審理。即與參與辯論同義。所謂參與判決。即謂參與判決之成立。申言之。即參與判決之判斷。故未參與審理之推事。參與判決之諭知。則無本款之適用。

13 判決不載理由或所載理由矛盾者。判決應敘述理由。乃爲第一百八十二條所明定。此爲判決書之必要程式。所謂不載理由。即謂全未載理由。或雖載理由。而不明瞭或不完備。不足以令人知悉其主文所由成立之根據者。均屬於此。若在科刑判決。未載第三百二十四條所揭各款之理由。或所載不完備。即爲不載理由。但只須已具理由。若僅不充足或不正當。則已非違法問題。又所謂理由矛盾。即理由與主文不符。或理由內說明前後不符。或適用之法條抵觸也。

第三 僅屬違背訴訟程序之規定。且其情形並不與上述第三百九十一條所列相當。而又顯然不及影響於判決。則不得以爲上訴之理由。(三九二)蓋以此際雖屬違法。而僅關於程序之事項。且又與判決無直接影響。自應不許上訴。以免原判決輕於動搖。訴訟不易終結。欲適用此規定。必須其違背程序規定。係直接不及影響於判決。而且情形甚爲明顯者爲限。例如違背關於偵查之規定。或關於強制處分之規定。

及訓示規定之時是。至雖僅違背程序規定。而與判決有直接影響之時。則仍得爲上訴理由。例如證人應命具結。未命具結。而以其證言爲判決基礎之時是。

#### 第四節 第二審審判前之程序

第一 上訴之書狀。未經敘述不服之理由者。原審法院應命其於提起上訴後十日內提出理由。(三一九四)此蓋以第二審係依書面審理。即於命行辯論之時。亦應就上訴及答辯要旨制作報告書。依報告書範圍以爲辯論。故上訴書狀自應敘述其不服之理由。如提出上訴書狀時。未經記明理由。原審法院即應命其於提起上訴後十日內補提理由書。此十日之期限。非自命令之日起算。仍應自提起上訴之日起算。惟依最高法院解釋。第三審上訴。敘述理由。非其必要程式。則未於提起上訴後十日內提出理由書時。自應解爲非違背法律上之程式。原審法院不得依第三百九十七條辦理。而應依第三百九十八條辦理。第三審法院。亦不得單以此爲理由。適用第四百零七條之規定。

第二 原審接受上訴之書狀。或理由書後。應於三日內送達於他造當事人。(三九五)此以便他造答辯也。惟此係以該書狀會敘述理由爲前提。若未敘述理由。則只須將其提起上訴通知他造。毋庸送達繕本。(三七四)又提出此項書狀時。法律未如民事訴訟條例(一四五丁)定明應提出繕本。則此項繕本。未經提出時。自應由法院書記官制作送達之。

第三 他造當事人接受前述繕本之送達後。得於七日內。提出答辯書於原審法院。檢察官爲他造當事人者。應就上訴之理由提出答辯書。(三九六ⅠⅡ)故他造當事人就上訴理由提出答辯書。通常僅爲權利。而在檢察官則並爲義務。至提出之期限。儘量調示規定。逾期提出。亦屬有效。又提出答辯書。不過供第三審調查之參考。(參照四〇二)並非第三審審判之必要條件。雖未經提出。第三審固亦得就該上訴爲實體之審判也。

原審法院接受答辯書後。應於三日內。將繕本於送達上訴人。(三九六Ⅲ)此蓋以便上訴人更爲抗辯也。

第四 原審法院認爲上訴違背法律上之程序或其上訴權已經喪失者。應以裁定駁回之。(三九七Ⅰ)

法定所以設此例外規定。許第二審法院於上訴不合法時。亦得逕行裁定駁回者。蓋與第三百七十七條

第一項爲同一用意也。

又此項裁定。亦與該條第二項同。得於五日內抗告。(三九七Ⅱ)

第五 除前述情形外。原審法院應以該案卷宗及證據物件送交該法院之檢察官。檢察官應即送交第三

審法院之檢察官。(三九八Ⅰ)

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。(三九

八五

上二項可參看第二審第三百七十八條之說明。

第六 上訴人於提出上訴之書狀或理由書後十日內得提出追加理由書於原審法院或第三審法院。(三九九) 此蓋為上訴人便利。計其真於已具之理由外補此理由。具既為便利規定。上訴人不為補具。固於其上訴之效力無影響。即未於所定期限外補具理由。只須在第三審法院審判之前。亦屬有效。受命推事制作報告書時。仍應調查。辯論時亦應辯論。

第五節 第二審審判之範圍

第三審法院審判之範圍。原則應以上訴之範圍為準。第四百零五條第一項亦即揭示此旨。定明第三審法院應就原審判決中上訴之部分調查之。又審判之標的。僅以原判決適用法律是否正當為限。即第三審之職責。專在適用法律。且原則應專就上訴理由及答辯意旨調查之。此不但依第三審之性質為當然。即就第四百零二條、第四百零三條第一項觀之。亦甚明顯。但上述二點。僅為原則。刑事訴訟法更設有例外規定如次。

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令。其當否得依職權調查之。就原審判決後刑罰之廢止變更或撤除調查者亦同。(四〇五II) 蓋法院所認事物管轄之有無係不當。或受

理訴訟或不受理訴訟係不當。本條違背法令。(三九一56)故關於法院事物管轄之當否及法院受理訴訟之當否。第三審法院自得依職權調查。又第三審法院雖無認定事實之權。但關於法院對於確定事實所適用法令之當否。應許依職權調查。更無容疑。又原審判決後刑罰有廢止變更或免除之事情。亦屬於適用法律時應調查之事項。(參照三九二)故法律特為定明第三審法院關於上開各事項。雖未經上訴。亦不問上訴理由及答辯意旨如何。均得為職權上之調查。其餘關於訴訟程序之事項。只須足及影響於判決(參照三九二)者。其當否得依職權調查。亦不待言。惟關於土地管轄之當否。則不得調查。蓋以此事項已不許為上訴理由故也。(參照三九一5)

二 第三審法院關於法院之事物管轄。訴訟之受理。及訴訟程序之當否。得調查事實。(四〇六一)蓋第三審法院。只不能就實體事實。調查認定。至關於訴訟程序之事項。原得調查認定。故法律特為定明關於法院事物管轄。受理訴訟。及其他訴訟程序當否之事項。得調查事實。

## 第六節 第二審之審理

第一 第三審之審理。完全與第二審不同。原則不履行第一審程序。即其判決。並不經辯論。第四百零一條。即揭示此旨。即所謂書面審理也。惟法院認為必要者。亦得命行辯論。

第二 法院命行辯論之時。其程序亦與第一審及第二審不同。分述其特別規定如次。

(一) 被告不得參與辯論。其辯論非以律師充任之辯護人不得行之。(四〇一Ⅱ) 蓋以辯論本僅以法律之點為限。故只限於律師充任之辯護人始得為之也。

(二) 第三審法院於應辯論之案件。應於庭員中指定受命推事。調查上訴及答辯之要旨。制作報告書。(四〇二) 蓋以辯論本係就此二者為之。自以使受命推事先行調查。制作報告書為宜也。報告書之內容。只能就上訴書狀及答辯書所載意旨。摘要記載。不能記載調查所得自己之意見。

(三) 審判日期。受命推事應於辯論前朗讀報告書。(四〇三Ⅰ) 此亦因辯論係就報告書所摘記之上訴及答辯要旨為之。使於辯論前履行此程序。乃屬當然也。

(四) 檢察官或辯護人應先陳述上訴之意旨。再行辯論。(四〇三Ⅱ) 此蓋以審判範圍。必以上訴範圍為準。故應先由此等人陳述其上訴意旨也。即係由檢察官上訴者。則應由檢察官陳述之。由被告或其法定代理人、保佐人、配偶或代理人等上訴者。則應由以律師充任之辯護人陳述之。上訴意旨云者。即謂求如何撤銷變更原判決之聲明也。

(五) 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。(四〇四) 蓋被告之辯論。只得由辯護人行之。而辯護人而於審判日期不出庭。則在依法應用辯護人之案件。(一七〇) 後段(一七一) 及已經指定辯護人之案件。(一七〇) 辯護人出

庭。乃爲審判要件。自應另定審判日期。再通知辯護人出庭。或另行指定辯護人。餘則應逕行判決。以防訴訟之拖延。

第三 第三審依法例外調查事實時。其調查得於庭員中指定受命推事行之。(四〇六II) 此時該受命推事就調查事實所必要之一切處分。自均得爲之。又得囑託受託推事爲此處分。亦毋容疑。至調查結果。應向法院報告。亦屬當然。

### 第七節 第二審之判決

第三審之判決。亦如第二審判決。應準用第一審判決之規定。(四〇〇) 第三審亦得諭知所定第一審種類之判決。茲僅就第二審之特別種類。分述如次。

第一 駁回之判決。此又分爲二種。

(一) 第三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。應以判決駁回之。(四〇七) 此即以上訴不合法爲理由所爲駁回之判決也。此等事項。原審法院固亦應調查。且應爲駁回之裁定。但第三審仍應依職權首爲調查。如認有此事項。即應爲駁回之判決。餘可參看第二審之說明。

(二) 第三審法院認爲上訴無理由者。應以判決駁回之。(四〇八) 此即以上訴無理由爲理由所爲駁回之判決也。得爲此項審查。應以上訴合法爲前提。所謂上訴無理由者。即謂原判決並無違背法令。

或雖有違背法令而並不影響於其判決也。第三審上訴敘述理由。既亦非必要程式。則調查原判決之是否違背法令。只須在法律所許之範圍內。自應依職權爲之。不爲當事人之上訴及答辯意旨所拘束。

## 第二 撤銷之判決。

第三審法院認爲上訴有理由者。應將原審判決中上訴之部分撤銷。更爲判決。(四〇九丁前段) 此爲原則。即第三審撤銷原判決。須以該判決之上訴部分爲限。且須認該上訴有理由。上訴有理由云者。原判決有上訴意旨所舉違背法令之情形也。但亦有次述例外。

(一) 上訴雖無理由而原判確係不當者。亦應撤銷之。(四〇九丁後段) 蓋以第三審本在審究原判決適用法律是否正當。故上訴意旨雖無理由。而原判決實有違背法令且足以影響其判決。則自應由第三審以職權糾正之。

(二) 依職權調查之事項。雖非上訴之部分。亦得將原判決撤銷。(四〇九乙) 既係依職權調查之部分。如原判決就此實有違背法令。自應依職權撤銷之。不問上訴之有無及當否也。

撤銷判決。又可分爲二種。

甲 撤銷自判。

第三審法院因原審判決有左列情形之一而撤銷之者。應就該案件自行判決。但其事實不能據原



審判決而定者。不在此限。(四一〇I) 蓋第三審撤銷原判決時。自行判決(即改判)乃為原則。次述發回或發交。乃為例外。本條此項即揭示此原則也。

1 違背法令者。此即謂原審判決就其所確定之事實。不適用法則。或適用不當之時而言。必須其確定事實之程序並不違背被令者。始可適用本款。據以改判。否則事實既亦因程序違法而致未確定。第三審自不得予以認定而適用法令也。

2 應諭知免訴或不受理者。此即謂原審法院本應諭知免訴(三二七)或不受理(三一八)之判決。而竟未諭知之時而言。受理訴訟當否之事實。第三審本得自行調查事實。(四〇六丁)此項事實。雖不能據原審判決而定。亦得調查認定。乃無容疑。至關於應否免訴之事實。法律雖無明文。許第三審調查。但既係程序上之事實。亦應解為雖不能據原審判決而定。仍得自行調查認定。

3 判決後刑罰有廢止變更或免除者。此等事項。第三審法院本得依職權調查。(四五〇II)故於認有此情形時。應分別諭知無罪(廢止時六三一)減刑(變更時三一五)免訴(免除時三二七)之判決。

依上述情形撤銷原判決者。其利益及於共同被告。其未經上訴之共同被告亦同。(四一〇II) 所以謀法律適用統一之規定也。本項有適用者。只以撤銷改判之結果於被告有利益之時為限。只須

一 被告上訴。因而受此利益。則他共同被告。不問其已否上訴。並判決確定。原判決亦於為一般告利益撤銷之限度。他被告亦同受其利益。視為亦經撤銷。

乙 撤銷發回或發交。此又依次述情形而有區別。

1 第二審法院因原審判決有左列情形之一而撤銷之者。應以判決將該案件發回原審法院更為審判。(四一一I) 此蓋以第二審為事實終審。有次述情形。則全未為實體審判。自應發回原法院更為審判也。

a 諭知管轄錯誤係不當者。此即謂原審法院本有管轄權。而竟諭知管轄錯誤之判決之時也。

b 諭知不受理係不當者。此則原審法院並無不受理之情形。而竟諭知不受理之判決之時也。

對於第二審上訴之案件。於上述情形。有必要時。並得將該案件逕行發回原第一審法院更為審判。(四一一II) 此蓋以第二審通常雖得獨立為事實之審判。但如係第一審亦係諭知管轄錯誤或不受理不當。第二審僅係維持原判決者。則該案件並未經第一審之實體審判。第三審如認有必要。自得發回原第一審法院審判也。又此時如認為無更經第一審審判之必要。則亦得逕發

回原第二審法院。以省略一審級之審判。

2 第三審法院因原審未爲管轄錯誤之判決係不當而撤銷之者。應以判決將該案件發交管轄第二審或管轄第一審之法院審判。但事實已臻明瞭而該法院對於該案件有終審管轄權者。得自行判決。(四一二) 此即認原審受理上訴係不當或維持第一審實體判決係不當者而言。此時自應分別該案件之管轄。或發交管轄第二審或第一審之法院。或因自有終審管轄權。其事實又已臻明瞭。則可自行判決。

3 第三審法院因前述第四百十條至第四百十二條以外之情形而撤銷原審判決者。應以判決將該案件發回原審法院更爲審判。或發交與原審法院同級之法院。(四一三) 即此時得依第三審意見。或發回原審或發交與原審同級法院均可。

第三審亦無明文禁止於爲被告之利益上訴時爲被告不利益之改判。而依第四百十條第一項第一款之規定。只須原審判決違背法令。依其所認定之事實。即得自行判決。故此時如因適用法律之結果。改判加重被告之刑。或爲不利益於被告之變更。要應解爲非法律所不許。撤銷原審判決。將案件發回或發交更審時。其效力如何。應解爲原審判決既經撤銷。則案件自回復判決前之訴訟程度。故受發回或發交之法院。應就該案件爲覆審。且應注意次述諸點。

(一) 只該被撤銷之判決失其效力。其判決前之程序。並不受其影響。故仍有效。受發回或發交之法院。仍得於更審判決援用原審法院之程序。(尤為審判筆錄)

(二) 受發交之法院。自應更新審判。若受發回之法院。如更審時。推事並無更易。則應適用再開辯論之程序。惟審判程序因適用第三百零六條之結果。仍應更新。

(三) 對於第一審判決之上訴。在發回或發交之範圍內回復以前效力。故如係此項上訴經第二審一部駁回一部改判。改判部分。經第三審維持。僅駁回部分撤銷發回。則此部上訴。即仍回復有效。至一造在第二審雖經上訴。經駁回後。至第三審未上訴。則該部第一審判決之上訴。不能因他造發回或發交而回復。自不待言。

(四) 受發回或發交之法院。對於該案。無論第三審為最高法院或高等法院。均不得違背該院法律上之意見。即該院就撤銷原審判決之理由所為之法律上判斷。更審法院應據以為審判之方針。不得違反。但關於審認事實上特使更審法院注意所為之指示。應不受其拘束。自不待言。

## 第三編 抗告

### 第一章 抗告之意義

抗告(Beschwerde)者。關係人對於下級法院之裁定。向其直接上級法院聲明不服。而請求其撤銷更正之

方法也。故抗告係與上訴並立。同爲對於下級法院未確定之裁判。請求直接上級法院撤銷變更之不服方法。但一係對於判決爲之。一係對於裁定爲之。其提出程序及其審判程序。均與上訴程序不盡相同。故法律不依以前辦法。認爲上訴之一種。而將抗告與上訴分離規定。惟以其性質。二者多相類似。故又規定除有特別規定外。仍準用上訴通則之規定。(四三二)故該通則關於抗告主體、抗告程式、捨棄抗告權、及撤回抗告等規定。於抗告亦有適用。

## 第二章 抗告之主體

得提起抗告。亦爲訴訟法上之權利。稱曰抗告權。嚴格言之。抗告權主體。即有抗告權之人。應僅以第四百十四條所規定者爲限。即僅爲受裁定之當事人。及受裁定之證人、鑑定人、通譯及其他非當事人。但關於抗告主體。因亦須準用上訴通則之規定。其結果自亦如上訴。有雖非真正抗告權人而亦得提起抗告之人。此均簡稱曰抗告人。

## 第三章 抗告之客體

抗告之客體。即許提起抗告之裁定。法律亦有限制。並非如上訴。對任何判決。均得提起也。分述之如次。  
第一、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。但(一)關於羈押、具保、扣押、及扣押物件發還之裁定。(二)證人、鑑定人、通譯及其他非當事人所受之裁定。不在此限。(四一五)

依此條規定。凡判決前關於管轄或訴訟程序之裁定。通常均僅得於對於判決上訴時一併聲明不服。不得單獨以抗告方法聲明不服。惟例外有三。即本法有特別規定。如第三十一條、第二百一十一條第二項等規定。特有明文許其抗告之裁定。及本條所例二款之裁定。則均許抗告。至法律所以限制關於管轄或訴訟程序之裁定不許抗告者。蓋以防訴訟之因此遲延終結也。此等裁定如確係不當。自仍得因上訴而被撤銷。又雖未經上訴。如係應由上訴法院依職權調查之事項。亦得依職權撤銷。再此項裁定。如屬於指揮訴訟者。原裁定法院亦得於案件繫屬中隨時依職權撤銷之。

第二 對於第三審法院之裁定。不得抗告。(四一六)此蓋以第三審為終審法院。裁定事項。雖係初次裁判。既係第三審為之。自亦不許抗告也。

又初級法院管轄案件。其最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役、或專科罰金之罪者。既以第二審法院為終審。(三八七)則在該案件內第二審法院所為之裁定。自亦不得抗告。

#### 第四章 抗告之程式

抗告亦為意思表示。故其要件及程式。自應適用一般訴訟行為及意思表示之規定。茲僅述其特別規定如次。

第一 抗告應於抗告期限內提起。其限期又有二種。有特別之期限。此視通常期限為短。須有特別規定。如

第三十一條、第九十六條第二項、第一百十三條第三項、第二百一十一條第二項等規定是。有一般之期限。此即第四百十七條所規定。對於一般抗告未特別規定期限者。均有適用。即爲七日。自送達裁定發算。但於送達前之抗告。亦有效力。此則對已諭知之裁定而言。若未諭知者。則於送達前對外尙未成立。自須於送達後抗告。始爲有效力也。又起算規定及但書規定。於特別抗告。亦有適用。自不待言。

第二 提起抗告。應以書狀敘述不服之理由。向原審法院爲之。(四一八)依此規定。抗告必用書狀爲之。並敘述不服理由。乃爲必要程式。蓋以抗告係依書面審理。尤須就不服理由調查之。故僅表示不服之意思。而未表示其理由。自不能認爲合法也。

抗告既應用書狀。其程式自應分別適用第一百八十九條、第一百九十條、或第一百九十一條、第一百九十二條之規定。

### 第五章 抗告之效力

抗告亦如上訴。發生移審及停止裁定確定之效力。即裁定一經抗告。該事項即應移歸抗告法院審判。該法院有裁定之權利與義務。原審法院應因之脫離繫屬。又裁定於有合法之抗告時。即不能發生確定力。此均與上訴之效力同。

但抗告原則無停止執行裁判之效力。故第四百二十條特爲揭示此旨。惟原審法院於抗告之裁定前。得以

裁定停止執行。抗告法院亦得爲此裁定。所以如此規定者。蓋以抗告若許其如上訴，爲停止原裁定之執行。則不但訴訟因之遲延。原裁定之目的。將亦終不能達。甚非所宜。但原審法院或抗告法院如認爲原裁定有停止執行之必要。則爲例外。應許停止。不過須另爲命停止之裁定而已。此項裁定。不許抗告。自不待言。抗告雖發生移審效力。但又與上訴不同。如後所述。原審法院不僅於其不合法時得自爲裁定。即於其有理由時。亦得自爲更正之裁定。

## 第六章 抗告之裁判

### 第一節 原審法院之裁判

原審法院對於抗告。不僅得爲程序上之調查。并得爲實體上之調查。分述之如次。

第一 原審法院從程序上調查。認爲抗告之程序違背規定者。應許得以裁定駁回。並許其得爲抗告。此雖法無明文。但原審法院對於上訴既得如是辦理。自以同一解釋爲宜。(註)

註 此於解釋上不無疑義。謂法律既僅有第四百二十二條之規定。無許準用上訴此項條文之規定。不能准許亦可。

第二 原審認爲抗告有理由者。應更正其裁定。認爲全部或一部無理由者。應於接受抗告之書狀後三日內。添具意見書。送交抗告法院。(四一九)故依此特別規定。裁定與判決不同。只須有合法抗告。原審法院



更得爲實體上之審查。如認爲有理由。即得自行撤銷。其僅一部有理由者。自亦得僅將該部撤銷。而將他部送交抗告法院。又法律雖定明認爲無理由時。應按期添具意見書。但並非必要遵守之程式。其不遵守期限。不生違法問題。更不待言。

## 第二節 抗告法院之裁判

第一 抗告法院裁判抗沿。原則係依書面審理。故法律定明原審法院。除應具意見書。將抗告書狀送交抗告法院外。並於認爲必要時。應將該案卷宗及證據物件送交。(四二二I)此所謂該案。係指抗告案件而言。本案卷宗。除不可分離者外。自應單移送抗告原案卷宗。

又抗告法院認爲必要者。亦得請原審法院送交該案卷宗及證據物件。(四二〇II)

第二 抗告法院對於抗告案件。均有從程序上及實體上調查裁定之權利與義務。故法律更設有次述規定。

(一) 抗告法院認爲抗告之程序違背規定者。應以裁定駁回之。(四二二)此所謂抗告程序違背規定。乃與第三百八十三條及第四百零七條之規定相當。即指其抗告係由依法不得抗告之人提起。或於喪失抗告權後提起。或其提起之權限(如代理權)要件。及程式有欠缺或違背之時而言。

(二) 抗告法院認爲抗告無理由者。應以裁定駁回之。(四二三)

(三) 抗告法院認為抗告有理由者。應將原審裁定撤銷。自行裁定。(四二四)此不過規定通常之原則。但自行裁定。須親自調查事實。而實有困難不便之時。則僅將原裁定撤銷。指示法律上意見。發回原審法院。使其調查裁定。自亦非法所不許。

第三 抗告法院之裁定。應速通知原審法院。(四二五)此蓋使原審法院得悉抗告結果。以便為適當處置也。

## 第七章 再抗告

再抗告者。對於抗告法院就抗告所為之裁定更為抗告也。抗告法院就抗告為裁定後。不問其係駁回。抑認為有理由。均不許提起再抗告。且不僅原抗告人不得提起。即其相對人亦不得提起。是為原則。故刑事訴訟法特於第四百二十六條標明例外。僅以次列各款為限。始得於五日內再行抗告。此蓋以次列事項。均於抗告人或其他關係人利害關係甚大故也。

第一 對於駁回上訴或因上訴逾期聲請回復原狀之裁定抗告者。

第二 對於再審之裁定抗告者。

第三 對於第四百九十八條定刑之裁定抗告者。

第四 對於第五百零五條聲明疑義或異議之裁定抗告者。

第五 證人、鑑定人、通譯及其他非常事人，對於所受之裁定抗告者。

## 第八章 準抗告

第一 對於受命推事或受託推事左列之處分有不服者，得聲請該推事所屬法院撤銷或變更之。但受命推事係初級法院推事者，應向該管地方法院聲請。(四二七)

(一) 關於羈押、具保、扣押及扣押物件發還之處分。

(二) 證人、鑑定人、通譯所受罰鍰及賠償費用之處分。

前項聲請期限，準用抗告之規定。

第二 對於檢察官關於羈押、具保、扣押及扣押物件發還之處分有不服者，得聲請該管法院撤銷或變更之。(四二八) 此項聲請，既未規定期限，自無期限之限制。

第三 上述二項撤銷或變更處分之聲請，應以書狀敘述不服之理由，向該管法院爲之。(四二九)

第四 聲請撤銷或變更處分，準用第四百二十條自第四百二十四條關於抗告之規定。(四三〇)

第五 對於聲請撤銷或變更之裁定，不得抗告。(四三一)

## 第四編 非常上訴

### 第一章 非常上訴之意義

本論 下部 各論 第三編 抗告 第八章 準抗告 第四編 非常上訴 第一章 非常上訴之意義

非常上訴者。最高法院首席檢察官。於判決確定後。以其審判係屬違法為理由。有請求最高法院撤銷其判決或其訴訟程序之聲明不服方法也。分析說明之如次。

第一 非常上訴。為對於判決之聲明不服方法。

法條雖未標明不服字樣。但與上訴及再審同係指摘原判決不當而請求更正之一種攻擊方法。故亦為聲明不服方法之一種。故其提起。於訴訟行為中。屬於聲明之性質。而為訴訟法上之意思表示。

第二 非常上訴。係對於確定判決為之。

此點與再審相同。即均為於判決確定後之一種救濟方法。與上訴只能於判決確定前始得提起者。完全不同。

第三 非常上訴。係以原確定判決之審判違法為理由。而請求撤銷其判決或訴訟程序。

非常上訴。在我國。於舊刑事訴訟條例施行前即已施行。原稱曰非常上告。蓋仿法日之制度。而以統一法律為目的者也。（參照法國治罪法四四一、四四二日本刑事訴訟法五一六以下）故提起非常上訴。必以原確定判決之審判係屬違法為理由。而請求撤銷其判決或其訴訟程序。關於此點。與上訴及再審均有不同。蓋在非常上訴。只能專自法律上攻擊原判決不當。不能自事實上攻擊原判決不當。其與第二審上訴及再審。固完全不同。又非常上訴。只須原判決之審判違法。不問其為實體法。抑為程序法。最高法院認

其有理由而撤銷原判決或其訴訟程序時。亦不問是否於被告不利益。但如原判決係於被告利益因其違法致被撤銷。則不能及其效力於被告。(參照四四〇)此亦非常上訴之特色。故非常上訴。完全係以統一法律爲目的。究不能因糾正原判決違法而剝奪被告已因確定判決所取得之利益也。

## 第二章 非常上訴之提起

### 第一節 提起之主體

第一 提起非常上訴。亦與上訴及抗告。再審相同。爲訴訟法上之權利。有此權利及得行此權利者。均僅限於最高法院首席檢察官。(後改稱最高法院檢察署檢察長)此爲第四百三十三條所明定。可稱曰非常上訴人。

第二 檢察官應適用一體不可分之原則。提起非常上訴。法律雖定明僅限於最高法院首席檢察官。但以外之檢察官。亦有促動其行使權利之義務。故又於第四百三十四條定明檢察官於判決確定後發見其審判顯係違法者。應具意見書將該案卷宗及證據物件送交最高法院首席檢察官。聲請提起非常上訴。

### 第二節 提起之程式

第一 非常上訴之管轄法院。爲最高法院。爲第四百三十三條所明定。且依第四百三十五條。其提起只得向最高法院爲之。不得向原審法院爲之。蓋以此時原審法院與對於上訴及抗告不同。絕無調查該項上

訴之權故也。

第二 提起非常上訴。應以書狀敘述理由。此亦為第四百三十五條所明定。故其程式亦應適用第一百八

十九條及第一百九十條之規定。

第三 提起非常上訴。不問何時發見原確定判決審判違法。均得為之。并無時期之限制。此亦其與上訴及

抗告不同之點也。

第二節 提起之效力

案件之訴訟拘束。雖因確定判決而已消滅。但一經提起非常上訴。又在最高法院發生新訴訟拘束。即最高法院不問其上訴是否合法。并有無理由。均有審判之權利與義務。此即此項上訴提起之效力也。

被告於提起非常上訴後。固應解為亦有陳述意見之權利。但究無此義務。蓋最高法院判決時。且不能及不利益之效力於被告。則在以前。被告不受影響。決無應審及就訊之義務。更不待言。

第三章 非常上訴之審判

第一 最高法院審判非常上訴。完全依書面審理。故第三百三十六條標明此旨。非常上訴之判決。不經辯論為之。

第二 最高法院。原則。應專就原判決中上訴之部分調查之。惟例外。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令。其當否得依職權調查之。又因爲此項調查。得調查事實。且得使受命推事行之。乃爲第四百三十七條所明定。

第三 最高法院就非常上訴所爲之判決。可分爲次述三種。

(一) 認爲非常上訴不合法者。應以判決駁回之。此雖法無明文。但如此項上訴實有不合法律上程式之事。其應以不合法爲理由。予以駁回。自不待言。

(二) 認爲非常上訴無理由者。應以判決駁回之。此爲第四百三十八條所明定。此所謂無理由。即指審查結果。認定原審判決并未違法是也。

(三) 認爲非常上訴有理由者。應分別爲左列之判決。爲第四百三十九條所明定。

甲 原審判決係違法者。將其違法之部分撤銷。但原審判決不利於被告者。應另行判決。

乙 訴訟程序係違法者。撤銷其程序。

第四 非常上訴之判決。除依第四百三十九條第一款但書規定者外。其效力不及於被告。爲第四百四十條所明定。依此規定。即認上訴有理由而撤銷原審訴訟程序時。固單純糾正其違法而止。別無其他實際之效力。即撤銷原審判決之時。原則亦僅在糾正該判決違法部分。使之失其效力。原審判決有利益於被告之部分。固仍維持其效力。全不爲之動搖。惟原審判決違法之部分。實係於被告不利。法律既如上述。定

明應就該案件另行判決。則原判決被撤銷之部分。對於被告。自應完全失其效力。最高判決改判之部分。應及其效力於被告。

## 第五編 再審

### 第一章 再審之意義

再審 (Wiederaufnahme) 者。再審權人。向管轄法院。對於確定判決。以其認定事實不當為理由。而請求就案件更為審判之聲明不服方法也。分析說明之如次。

第一 再審為對於判決之聲明不服方法。

法條關於再審。雖如非常上訴。未標明不服字樣。但其目的在攻擊原判決不當而請求更正。自與上訴相同。係為一種聲明不服之方法。故提起再審之性質。為一種聲明。而屬於訴訟法上之意思表示。

第二 再審係對於確定判決為之。

此與非常上訴相同。與上訴不同。只須為確定判決。且合於法定許提起再審之種類。並有法定再審之原因。(參照四四一、四四二後詳) 則不問係為第一審判決。抑為第二審或第三審判決。並其確定原因。係為未提起上訴。或經上級審駁回或改判。均得提起。

第三 再審係以原判決認定事實不當為理由。而請求就案件更為審判。



關於此點。又與非常上訴。完全不同。蓋非常上訴。如前所述。只得專從法律上攻擊原判不當。此則只得專從事實上攻擊原判決不當。即再審制度。乃所以調和判決確定力與實體真實發見主義之衝突。蓋自實體真實發見主義言之。刑事判決。苟不合於真實。則雖確定。亦應推翻。而自判決確定力言之。則判決一經確定。即應不問其是否合於真實。均不許動搖。此二者固為極端衝突。但判決違反真實而不許動搖。坐視其錯誤。固非正當。而判決於確定之後。仍許輕易動搖。亦不妥適。再審制度。即謀此二者之調和。一面許確定判決於認定事實實有錯誤時。仍得請求更正。一面又對於請求之條件。於法律上明加限制。不合條件。即不許請求。

又再審係請求就該案件更為審判。故再審合於條件。經為開始再審之裁定確定時。法院應依其審級之通常程序。更為審判。(四五六)而認為再審有理由。即認為原判決確係認定事實不當時。應撤銷原判決。從新認定事實。適用法律。以更為適當之判決。不過再審結果。仍認為原判決正當時。則應維持之而已。現時再審制度有二派別。(一)為法國治罪法。僅許對於科刑判決。為被告利益。且將提起再審與實施再審程序分離。即先由最上級法院裁判再審原因。再由與為原確定判決同等之法院實施再審。日本舊刑事訴訟法從之。(二)為德國刑事訴訟法。除許對於科刑判決。得為被告利益提起外。並許對於科刑判決及其他判決。為被告不利利益。亦得提起。且將提起再審與實施再審程序合併。調查再審原因與實施再審

程序均由爲原確定判決之法院爲之。日本新刑事訴訟法從之。我國舊刑事訴訟律舊刑事訴訟條例及現行刑事訴訟法亦係依第二立法例。

## 第二章 再審之客體

提起再審。非如提起上訴及非常上訴。對於任何判決均得爲之。只對於確定之科刑及無罪、免訴、不受理之判決始得爲之。（參照四四一、四四二）蓋以再審之目的。乃在消滅原判決之確定力。尤爲其實體之既判力。只上述四種判決。始就案件發生此種效力。故只許對於此四種判決。始得提起再審。若論知管轄錯誤之判決。則因同時應將該案件移送（三一九）此時縱令該判決確定。亦僅能發生形式之確定力。自不許提起再審。至於該四項判決。係因駁回第二審或第三審上訴。而後確定者。法律雖無明文許該項駁回之判決。亦得提起再審。但參酌第四百四十五條第三項之規定。苟該第二審或第三審駁回判決有法定再審之原因。自亦應解爲得許提起再審。蓋以此項判決。原均以替代原審判決故也。（參照第二審及第三審判決之說明）又提起再審須對於確定判決爲之。故已失效力之判決。自不許提起再審。例如第一審或第二審判決曾經第二審或第三審撤銷之時是也。又處刑命令確定者。與確定判決有同一之效力（四七五）故解爲亦得提起再審。

## 第三章 再審之原因

請求再審之原因。法律嚴爲限定。再審有無理由。均視其是否具備法定之原因事實而定。故再審原因。亦即再審理由。分述之如次。

第一 對於科刑判決。爲受刑人利益。提起再審。須有左列情形之一（四四一） 此示明對於科刑判決爲受刑人利益。提起再審之理由。若不以左列情形之一爲理由。並以書狀敘明。斯爲提起再審之程式。違背規定。即屬不合法。應受駁回之裁定。又雖曾於書狀敘述此項情形以爲理由。而經查明並不真實。亦爲再審無理由。仍應受駁回之裁定。必須認爲實有該項情形。即再審原因事實。確係存在。斯爲再審有理由。始應爲開始再審之裁定。（參照四五二至四五四）又所謂爲受刑人利益者。即爲被告求爲較原確定判決較爲有利益之判決也。其爲求論知無罪。得提起再審。固不待言。即求論知較輕之刑。亦得提起。例如誤認竊盜爲強盜之時是。

（一） 爲判決基礎之證據。已經確定判決證明其爲偽造或變造者。所謂爲判決基礎之證據者。即科刑判決內載事實所憑之證據也。（參照二八二、三二四）只須於其理由內載明曾以該證據爲其認定事實之根據。則不問係爲證書。抑爲其他之證據物件。並曾否編入卷宗。（參照二八四、二八五、二八九、二九二）亦不問其是否爲該判決之惟一根據。若經刑事科刑判決。認定其爲偽造或變造。並經確定。即得據以提起再審。但僅於刑事或民事判決理由內認定其爲偽造或變造。尙不合於本款。

(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。此亦謂科刑判決內之事實。係依證言、鑑定、或通譯認定。而該證言、鑑定、或通譯、已經確定科刑判決認定其係爲虛僞供述之時。餘可參照前款說明。

(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。此謂科刑判決之事實。係依通常法院或特別法院之裁判認定。而該裁判已經確定裁判變更之時。至該裁判爲刑事裁判或民事裁判。乃所不問。又是否爲判決或裁定。抑爲處刑命令。亦所不問。且該裁判是否係解決科刑判決之先決關係。(參照二六二I、二六三II)抑僅單純爲科刑判決之證據。亦所不問。

(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。此只須該項證據未經原審或前審判決審認者即可。其係於原審判決後從新發見者。得提出以爲再審原因。固不待言。即令係在以前發見。並經在前訴訟程序提出。只須未經審認。亦可從新提出以爲再審原因。惟適用本款。必須該證據爲真實。並足據以認定受刑人應受無罪、免訴或輕於原審所認之罪名者始可。若不能推翻原審所認之罪名。而僅據以爭執原審裁定之刑。則爲不合法。

(五) 受刑人已經確定判決證明其係誣告者。此即謂在本案告訴、告發之人。經確定刑事判決諭知誣告罪之刑之時也。適用本款。必須原審判決曾依據該誣告人之行爲者始可。雖經確定判決諭知誣

告。而原審判決並未依據該誣告人之行爲，亦不得以爲再審原因。

(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，其科刑之判決已經確定者。此即該推事或檢察官曾因該案件犯瀆職罪（參照刑法第二編第四章）而受有確定科刑判決之時也。在推事必須曾參與原審或前審判決之議決者始可。故僅參與調查行爲或諭知判決者，尙無適用。又雖曾參與前審判決，而前審判決已經原審判決撤銷，原審判決係屬改判，並未維持前審判決，亦不能適用本款。惟在檢察官，其曾參與終結偵查而爲起訴處分者，固不待言。即僅參與偵查中之調查行爲，例如僅係受託調查，只須犯職務上之罪，並經判決確定，亦得適用本款。

於上述第一款第二款第五款及第六款情形，而不能開始或續行刑事訴訟者（即因被告死亡逃匿時效屆滿大赦等）得以確定判決以外之證明，提起再審。但刑事訴訟因證據不足而不能開始或續行者，不在此限。（四四三）蓋依第四百四十一條第一款第二款第五款及第六款，均須有刑事確定科刑判決始得提起再審。然若確犯此罪而竟因證據不足以外之障礙，不能開始或續行刑事訴訟，以得該項確定判決，自應另謀救濟之途，許以確定判決以外之證明方法，提起再審也。

第二 對於科刑、無罪、免訴、或不受理之判決確定後，爲受刑人或被告不利益，提起再審，須有左列情形之一（四四二） 此示明對於該各項判決，爲受刑人或被告不利益，提起再審之理由。若不以左列情形之

一為理由。並以書狀叙明。斯為提起再審之程序。違背規定。即屬不合法。應受駁回之裁定。又雖曾於書狀叙明此項理由。而經查明並不真實。亦為再審無理由。仍應受駁回之裁定。必須認為實有該項情形。即再審原因事實。確係存在。斯為再審有理由。始應為開始再審之裁定。(四五二至四五四)

(一) 有前述第一款至第三款及第六款情形者。此可參看前之說明。

(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。為被告或受刑人。不利益提起再審所用之新證據。只以其自白為限。

(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。此亦只以本人確有此自述為限。始許提起再審。

前述第四百四十三條之規定。於上述第四百四十二條第一款。亦有適用。

## 第四章 再審之提起

### 第一節 提起之時期

刑事提起再審。以屬於公益。故與民事提起再審不同。別無期限之限制。刑事訴訟法於第四百四十四條。定明再審於刑罰執行完畢。或已不受執行時。亦得提起。本條不關係為受刑人利益之再審。或不利益之再審。均有適用。蓋在刑罰執行中。得提起再審。固不待言。惟於刑罰執行完畢。或已不受執行時。能否提起再審。不

無疑義。故特爲規定。此時亦得爲之。所謂已不受執行時。即因行刑權時效完成（刑法一〇一）大赦。特赦。宣告緩刑期滿而未經撤銷（刑法九二）假釋期滿尙未經撤銷等情形。刑罰已再不得執行之時也。其中若係因於大赦。或時效滿期之時。自不許爲被告不利益提起再審（餘可參看第三節提起程式之說明）

### 第一節 再審之管轄

第一 提起再審。除有特別規定外。應由判決之原審法院管轄之（四四五丁）此爲原則規定。次述者乃爲例外規定。即此所謂特別規定也。故裁定再審有無理由及開始再審程序。原則均應由爲原確定判決之法院爲之。蓋以如斯辦理。審判上較爲便利故也。

第二 案件曾上訴於第二審法院。而就未經上訴之部分提起再審者。由第二審法院管轄之（四四五Ⅱ）此時定爲不由爲判決之原第一審法院管轄。而由第二審法院管轄者。蓋許逕由第二審法院調查并實施再審。較爲便利故也。法律雖僅對於一部上訴於第二審而就該未上訴之第一審判決提起再審時。定其管轄。但如案件一部經第一審判決確定。一部經第二審判決確定。對於該二部分均提起再審時。亦解爲應由第二審管轄之。

第三 案件因第三審法院判決而確定者。除因第三審法院之推事有第四百四十一條第六款情形而提起再審者外。由原第二審法院管轄之（四一五Ⅲ）此以第三審法院非事實審。故除此例外情形。仍適用

第一項。由本法院管轄外。除應由原第二審法院管轄。以便開始再審後得為事實上之審理也。又依此除外情形提起再審。如第二審認為有理由。裁定開始再審後。仍須有為實體上事實審理之必要時。自仍應發回原審法院或發交他同級法院審判之。

### 第二節 提起之主體

得提起再審之權。簡稱曰再審權。亦與上訴權、抗告權、非常上訴權同為訴訟法上之權利。嚴格言之。其主體僅限於受原確定判決之當事人。但法律規定得提起再審之人。較此為寬。故有再審權之人。與得行使再審權之人。觀念上固應區別之也。茲述法律所規定得提起再審之人如次。

- 第一項 為受刑人利益起見之再審。左列各人得提起之。(四四六)
  - (一) 管轄法院之檢察官。
  - (二) 受刑人。
  - (三) 受刑人之法定代理人、保佐人、或配偶。
  - (四) 受刑人已死亡者。其親屬。
- 上所謂為受刑人利益提起之再審。即依第四百四十一條而提起再審也。檢察官一面為公益代表。既得為被告利益提起上訴。(三五八II)自應許其為受刑人利益。亦得提起再審。故定為管轄再審法院之檢



察官得爲再審原告。至許受刑人及其法定代理人、保佐人、配偶、並於受刑人死亡時其親屬得爲再審原告。乃屬當然。親屬範圍。自應依本法第四條所定。

第二爲受刑人或被告不利益起見之再審。管轄法院之檢察官及自訴人得提起之。(四四七)此所謂爲受刑人或被告不利益之再審。即依第四百四十二條而提起之再審也。應只許管轄再審法院之檢察官及自訴人爲再審原告。乃屬當然。

#### 第四節 提起之程式

提起再審。如前所述。乃爲訴訟法上之意思表示。故其要件。除須具意思表示之要件外。並應具備下述要件。(一)須原判決已經確定。(二)須爲得提起再審之判決。(三)須向管轄法院提起。(四)須由得提起之人提起。此均於前述之矣。以外尚有法定程式。即須以書狀敘理由。並附原審判決之繕本及證據。(四四九)故提起再審。與提起抗告及非常上訴相同。以書狀敘理由。爲必要程式。且於此外更須就其所稱再審理由。即原因事實。記明證據。此亦爲必要程式。至於再審本係就原確定判決爲之。其應附具原判決繕本。更不待言。此各項程式。如不遵守。即爲提起再審之程序違背規定。應受駁回之裁定也。

以外關於提起之程序。尚應準用第三百六十五條及第三百七十四條關於上訴之規定。(四五二)即受刑人在監獄者。應經監獄長官提出再審書狀。其不能自作書狀者。應由監獄之公務員代作。監獄長官接受再

審書狀後。應附記接收之年月日。送交管轄再審之法院。(三六五丁直VI)又提起再審者。法院書記官應速通知他造當事人。(二七四)

提起再審。只須在判決確定之後。以外別無時期之限制。第四百四十四條特爲定明再審於刑罰執行完畢或已不受執行時亦得提起。此已於前述。以外爲受刑人利益提起再審。於受刑人死亡後。亦得爲之。觀第四百四十六條第四款及第四百五十七條自明。惟爲受刑人利益提起再審。則於其死亡後不得爲之。亦依第四百五十八條可以斷定。又爲受刑人或被告不利益提起再審。於起訴權消滅時效完成後。不得爲之。亦屬當然。

### 第五節 提起之效力

提起再審。僅有使該案件從新發生訴訟拘束之效力。又可區別言之。(一)再審雖不合法。受訴法院。亦有以裁定駁回之權利與義務。(二)再審合法者。受訴法院。第一步有調查其再審有無理由之權利與義務。第二步如認再審有理由時。則有開始再審即更就本案件爲實體上審判之權利與義務。

提起再審。雖係以消滅原判決之確定力爲目的。但原判決確定力實際消滅。必在開始再審並經再審判決撤銷以後。僅在提起之中。並無停止原判決確定之效力。自亦無停止原判決所科刑罰執行之效力。故刑事訴訟法於第四百四十八條特爲標明此原則。僅於例外。許管轄法院之檢察官。於再審之裁定前。得命停止

執行。故在檢察官未命停止執行以前。如原科刑判決已在執行中者。自應繼續執行。尙未經執行者。亦應開始執行。不能因提起再審而停止刑罰之執行。

## 第六節 再審之撤回

再審於裁判前。得撤回之。爲第四百五十條所明定。蓋與許撤回起訴。撤回上訴。同一認當事人有處分權也。其撤回主體。應解爲與提起主體同。惟受刑人之法定代理人。保佐人。配偶提起之再審。其撤回時。法律未定。明應準用第三百六十八條。應解爲須得受刑人之承諾。又自訴人提起之再審。其撤回時。法律未定。明應準用第三百六十九條。亦應解爲毋須得檢察官同意。又此所謂裁判。即指管轄法院第一步就再審是否合法。並有無理由爲裁定之時而言。應從寬解釋。其係應經論知者。於諭知前。得許撤回。其係僅應送達者。於送達前。仍許撤回。僅爲裁定之議決。尙不得謂爲已經裁判。

關於撤回再審。應準用第三百六十五條、第三百七十二條、第三百七十四條關於撤回上訴之規定。(四五) 一) 即在監獄之受刑人撤回再審者。應經監獄長官提出撤回書狀。自向監獄長官提出再審書狀時起。即有撤回再審之效力。受刑人不能自作書狀者。應由監獄公務員代作。監獄長官接受書狀後。應附記接收之年月日。送交再審管轄法院。(三六五) 又撤回再審。原則應以書狀爲之。惟於審判時得以言詞爲之。以自詞爲之者。應記載於筆錄。撤回再審。係自其聲明之日起。即生效力。(三七二) 撤回再審者。法院書記官應速通

知他造當事人(三七四)再審權許權利人捨棄與否。法無明文。解釋上不無疑義。余謂應與上訴權一律。仍許捨棄。捨棄再審權或撤回再審者。自喪失再審權。

### 第五章 再審之審判

再審法院關於再審之審判。可分為兩階段。第一階段。係就再審請求本身審判之。即調查所提起之再審。是否合法及有無理由。而加以裁判。第二階段。係就請求再審之案件審判之。即於再審確有理由而開始再審之時。完全更就該案件從實體上另為審判。分述之如後。

#### 第一 再審請求之審判

此時裁判之形式。均為裁定。故均適用書面審理。即其調查專就再審書狀及卷宗為之。依其調查結果而為裁定。又有次述三種。

(一) 法院認為提起再審之程序違背規定者。應以裁定駁回之。(四五二) 此所謂提起再審之程序違背規定者。即指提起再審。不合要件及程式也。可參看前章第四節之說明。又喪失再審權。即有捨棄再審權或撤回再審之情形者。亦為程序違背規定。應以裁定駁回。

(二) 法院認為無再審理由者。應以裁定駁回之。(四五三) 此所謂無再審理由。即再審書狀所稱之

原因事實。不能依其所附之證據而認定其存在之時是也。若再審書狀。根本即未敘述理由。或所述理由。與前述第四百四十一條及第四百四十二條所列情形不符。或雖屬相符。而未附有證明之證據者。則不僅再審無理由之問題。乃再審不合法之問題。應依前條辦理。即應以不合法為理由。予以駁回。

(三) 法院認為有再審理由者。應為開始再審之裁定。(四五四丁) 此所謂有再審理由。即指再審書狀所稱之原因事實。實合於法定條件。且依其所附證據。足以認定其實係存在之時是也。法院雖認有再審理由。亦不得逕行開始再審。必須為此裁定。且須俟此裁定確定時。始得開始。(參照四五六) 所以昭慎重也。

法院於為上述裁定後。得以裁定停止刑罰之執行。(五四二) 此蓋以雖為開始再審之裁定。或竟已開始再審。在原確定判決。未被再審判決撤銷確定以前。仍屬存在。並應執行。故定明於為開始再審之裁定後。得斟酌情形。更以裁定停止執行。

對前述三種裁定。即第四百五十二條、第四百五十三條及第四百五十四條第一項之裁定。均得於五日內抗告。(四五五) 且此項裁定。得為再抗告。又此三種裁定。應敘述理由。乃不待言。(一八二)(四二六) 惟對於停止刑罰執行之裁定。即第四百五十四條第二項之裁定。則不得獨立抗告。僅得與對於開始再審之裁定一併抗告。

## 第二 被告案件之審判。

此時係就案件從實體上更爲審判。並非以調查原判決是否正當爲目的。無論更審之判決是否與原判決相合。亦非係爲撤銷或維持之判決。而係自就該案件論知其應爲之判決。茲分述其程序如次。

(一) 開始再審之裁定確定後。法院應依其審級之通常程序。更爲審判。(四五七) 此所謂裁定確定。不問係未經抗告而確定。或抗告經裁定駁回而確定。又所謂依其審級之通常程序。即分別再審係向第一審、第二審、第三審提起。而各適用其審判程序之規定也。此爲原則規定。次述各規定。則對於本條爲特別規定。

(二) 爲死亡之受刑人利益起見。提起再審之案件。毋庸開庭審判。應諮詢檢察官意見。逕行判決。爲受刑人利益起見。提起再審之案件。受刑人於再審判決前死亡者。亦同。(四五七II) 蓋以此時該受刑人既於提起再審前或再審判決前已經死亡。再審又係爲其利益。自僅應諮詢檢察官意見。逕行判決也。

依前述情形所爲之判決。不得上訴。(四五七III) 蓋以此時再不能更爲不利益於受刑人之判決。不許上訴。所以杜拖訟也。

(三) 爲受刑人或被告不利益起見。提起再審之案件。受刑人或被告於再審判決前死亡者。其再審及

關於再審之裁定。失其效力。(四五八) 蓋以此時既不能更論知不利益之科刑判決。自應使再審程序及以前開始再審之裁定。均失效力。即再審程序於死亡時即應終結。不得更爲其他審判也。

(四) 爲受刑人利益起見提起再審之案件。諭知科刑之判決者。不得重於原審判決所諭知之刑。(四五九) 故在本法。上訴審之判決。雖無此項限制。獨於再審判決。有此限制。禁止於爲其利益提起再審時。不得更爲較原刑不利之改判。所以尊重確定判決及該受刑人之利益也。

(五) 爲受刑人利益起見提起再審之案件。諭知無罪之判決者。應將該判決書刊登公報或其他報紙。(四六〇) 此蓋爲回復被告名譽當然應有之辦法也。

## 第六編 特別程序

### 第一章 概說

刑事訴訟。不問其罪刑輕重。事物管轄如何。其審判程序。總應一律。方爲妥當。惟在我國制度。則多與此原則相反。以前特別程序。規定頗多。近時雖已漸謀劃一。如特種刑事法庭制度。業已廢止。然特別程序。以單行法規定或散見於他法令中者。尙復不少。茲僅就刑事訴訟法所規定之簡易程序及縣知事審理訴訟暫行章程並覆判暫行條例所規定之特別刑事訴訟程序說明之。

### 第二章 簡易程序

### 第一 簡易程序之意義。

簡易程序者。初級法院就具有特定情形之特種輕微案件。因檢察官之聲請。不經通常審判程序。逕以命令處刑之程序也。蓋以案件既屬輕微。證據又為確鑿。為節省勞費計。首許檢察官不依起訴程序。而依聲請以為追訴。次許法院不依通常審判程序。即不使經辯論以為判決。而僅依書面審理。並以命令諭知科刑。此項命令。稱曰處刑命令。但被告受正式審判之權。並不因之剝奪。故仍許被告對此命令。得向法院聲請正式審判。此聲請合法者。則應依通常程序審判。原命令於諭知判決後。即失其效力。此聲請不合法或不為聲請者。則原命令即如一般判決。發生確定力及執行力。

### 第二 簡易程序之要件。

得依簡易程序審判者。必具備次述要件。(四六一)

(一) 須最重本刑為六月以下有期徒刑、拘役、或專科罰金之案件。

(二) 上開案件。更須其有左列情形之一。

甲 犯罪事實。據現存證據已屬明確者。

乙 被告於偵查中自白者。

依簡易程序審判之案件。除上述要件外。應具備通常刑事案件之處罰條件及追訴條件。並須經過偵查。



程序。此均不待言者。

### 第三 簡易程序之管轄。

得依簡易程序審判者。如上所述。既以最重本刑爲六月以下有期徒刑、拘役、或專科罰金之案件爲限。則其屬於初級法院之權限。自不待言。又檢察官聲請以命令處刑。既經定明以起訴論（四六二二）且有時須依通常程序審判（四六三、四七二）則初級法院須就該案件有管轄權。亦不待言。

### 第四 簡易程序之開始。

簡易程序。亦依不告不理之原則。其開始必因於檢察官之請求。惟此請求。不依通常起訴之形式。而依聲請之形式（四六一一）至其聲請之內容。則在以命令處刑（四六一一）

檢察官爲上開聲請。應以書狀記載下列事項。（一）被告之姓名、性別、年齡、籍貫、職業、住址。（二）犯罪之日時、處所。（三）犯罪之證據。（四）犯罪之行爲及應適用之法條。其關於犯罪。較起訴書狀更應詳明者。蓋以便法院調查並得迅速處分也。

檢察官請求雖僅用聲請。但仍應以起訴論（四六二二）蓋以此項聲請。仍有依通常程序審判之時故也。

### 第五 簡易程序之審判。

檢察官聲請以命令處刑案件。經法院認爲於法不得以命令處刑。或因其他情形不宜以命令處刑者。仍

適用通常程序審判之。(四六二)蓋以檢察官此項聲請。既經視為起訴。故雖認為不得或不宜依簡易程序時。亦只得逕依通常程序審判。不得為駁回聲請之裁判。

法院於認定事實有必要時。得傳訊被告。或調查其他證據。(四六四)故在簡易程序。法院即得逕依檢察官聲請書狀及以前卷宗以為處刑命令。必於認定事實有必要之時。結訊問被告並調查證據。惟該訊問及調查程序。仍應依法律所定之通常程序辦理。自不待言。

法院於檢察官聲請以命令處刑案件。應即處分。不得逾二日。惟因認定事實傳訊被告或調查證據時。得延期處分。但至遲不得逾五日。(四六五)蓋設簡易程序之精神。即在案證明確。宜急速處分故也。

處刑命令。應依一定簡略方式。記載下列事項。並由為此命令之推事署名蓋章。(四六六)(一)被告之姓名、性別、年齡、籍貫、職業、住址。(二)犯罪之日時處所。(三)犯罪之行為及適用之法條。(四)應科之刑罰及必要之處分。(五)命令處刑之法院及年月日。(六)自接收處刑命令之日起五日內得聲請正式審判。此命令既應依制作文件為之。自應適用第一百八十九條及第一百九十條規定。又此命令。雖非裁判。但會由書記官制作筆錄者。自得準用第一百八十一條規定。僅命書記官記載於筆錄。法院為處刑命令時。其他必要之處分。亦得一併為之。(四六一)故如命令羈押、諭知緩刑、沒收及其他法令所定之一切必要處分。均得為之。

處刑命令。應以正本送達於當事人。但當場交付本人者。以送達論。(四六七一)故處刑命令之諭知方法。只以送達爲必要程序。宣告並非必要。如被告在場者。當場諭知。自無不可。惟除當場交付外。仍須爲送達。此所謂當事人。自指檢察官及被告。

#### 第六 正式審判之聲請。

被告於接收處刑命令之日起五日內。得向命令之法院聲請正式審判。不得逕行上訴。(四六七二)所謂聲請正式審判者。即請求依通常程序審判也。被告不服該項命令時。只得爲此聲請。不得提起上訴。其期限。自應適用一般期限之規定。其程式。法律既無特別規定。應解爲通常仍應以書狀爲之。惟當場諭知命令者。得以言詞爲之。

被告得捨棄聲請權。(四六八)爲聲請後。於第一審判決前得撤回之。(四六九)捨棄聲請權及撤回聲請。應以書狀向命令處刑之法院爲之。但當場交付命令正本或審判時。得以言詞爲之。以言詞捨棄聲請權或撤回聲請者。應記載筆錄。捨棄聲請權或撤回聲請者。喪失聲請權。(四七〇)

#### 第七 正式審判聲請之審判。

正式審判之聲請。經認爲違背法律上之程式。或其聲請權已喪失者。應以裁定駁回之。此項裁定。得於五日內抗告。(四七一)此即認其聲請爲不合法而爲之裁定也。此項裁定。應制作裁定書。並敘述理由。(一

八二、一八三)且應以正本送達於當事人。(一八七)正式審判之聲請。經認為合法者。應依通常程序審判。不受處刑命令之拘束。(四七二)即認為聲請合法者。應依第一審審判程序。以為正式審判。此時其審判雖係原法院為之。並得由為原處刑命令之推事為之。但不為原命令所拘束。應自程序及實體二方面。為獨立之審判。

聲請正式審判之案件。被告經傳喚無正當理由不到者。得不調查證據。逕以判決駁回之。(四七三)此與第三百十一條第三百八十二條相當之條文。惟此則不但不待被告陳述。並得不調查證據。而為駁回判決。蓋有近於缺席判決性質之判決也。惟此時如法院更認為有傳訊被告或調查證據之必要。不逕為駁回判決。仍予傳訊或調查證據。自非法所不許。

聲請正式審判之案件。於諭知判決後。處刑命令。即失其效力。(四七四)此蓋以既依通常程序審判。其判決自應依通常程序為之。即應分別依第三百十五條至第三百十九條辦理。即認為有罪。亦應另行諭知科刑之判決。并不能為維持原命令之判決。故原命令無論係諭知何種判決。均自其諭知時起。失其效力。並不須特行諭知撤銷。至該判決嗣後曾否確定。未經撤銷。可以不問。

#### 第八 處刑命令之確定。

處刑命令已經過聲請期間。或喪失聲請權者。與確定判決。有同一之效力。駁回聲請之裁判已經確定者。

亦同。(四七五)此即謂處刑命令於未有聲請正式審判。或雖有聲請。而經裁定駁回而確定者。原命令即為確定。與確定科刑判決之效力相同。凡刑事訴訟法及實體法就科刑判決所付與之效力。該命令亦應發生。就中如既判力及執行力二點。尤為重要。即以後該犯罪之起訴權即為消滅。不得更為偵查起訴。(二四三、二四四、三一七)檢察官即得指揮執行。(四七六、四七七)以外並得準用非常上訴及再審程序之規定。

### 第三章 兼理訴訟程序

此所謂兼理訴訟程序。即由行政官之縣知事(現稱縣長)兼理刑事訴訟所行之程序也。又有兩種。有只兼行檢察職權者。此於已設司法公署之縣見之。有兼行審判職權者。此於未設法院或司法公署之縣見之。修正縣知事審判訴訟暫行章程中之刑事訴訟程序。即專就第二種情形規定之。第一種情形。既係準用刑事訴訟法關於檢察官之規定。無特別說明之必要。故茲僅就第二種情形。即該章程內關於刑事訴訟程序之規定說明之。

縣知事審理刑事訴訟時。法院編制法及刑事訴訟法並其他關於法院適用之法令規程之規定。除與該章程抵觸者外。仍應準用。為該章程第四十二條所明定。故下以所說明者。均為該章程內特別刑事訴訟程序之規定也。

## 第一 管轄。

(一) 凡未設法院或司法公署各縣。應屬初級或地方管轄第一審之刑事訴訟。由縣知事審理。設有承審員各縣。屬於初級管轄案件。概歸承審員獨自審判。以縣公署（現稱曰縣政府）名義行之。由承審員負其責任。地方管轄案件。得由縣知事交由承審員審理。但縣知事應與承審員同負其責任。（章程一）依此規定。縣知事於刑事案件。不問其為初級或地方管轄。均有第一審管轄權。本得由縣知事獨自審判。其設有承審員者。亦僅為其助理機關。故地方管轄案件。雖得交由承審員獨自審判。但仍應共同負責。惟初級管轄案件。則由承審員獨自審判者。應由承審員獨自負責。但初級管轄案件。縣知事亦得參與審判。自不待言。

- (二) 縣之司法區域。與其行政區域同。（章程二）此為當然規定。既由縣知事兼理刑事訴訟。土地管轄區域。自應與行政區域相同也。故依刑事訴訟法第十三條定土地管轄之標準時。自應就此區域定之。
- (三) 刑事訴訟之管轄有錯誤時。在判決前發見者。應分別情形轉交該管縣知事或法院審理。（章程三）此係與刑事訴訟法第三百十九條相當之規定。仍解為該條於此時仍應準用。即（一）有同法第三百零八條之情形者。仍應繼續審理。縣知事本兼有初級地方管轄權。此時所謂管轄錯誤。實只有土地管轄之問題。（二）若無該條情形。則應諭知管轄錯誤之判決。對此判決。仍得上訴。（註）

註 第三條對於刑事訴訟法第三百十九條是否爲特別規定。即是否只須逕行移交。毋庸諭知管轄錯誤。雖不無疑義。爲保護被告利益。以採上述見解爲宜。

## 第二 迴避。

(一) 聲請縣知事迴避。應向高等審判廳爲之。(章程四)此不問其案件爲初級或地方管轄均同。蓋對於刑事訴訟法第二十八條第一項、第二十九條第四項爲特別規定也。如其縣在高等分院管轄區域內者。應向分院爲之。自不待言。又此項聲請。應依刑事訴訟法第二十八條第一項第二項。並應由刑事庭裁定之。亦不待言。

(二) 刑事訴訟條例第三十一條第七款(現應爲刑事訴訟法第二十四條第七款)於縣知事不適用之。(章程五)蓋迴避之原因。仍應準用刑事訴訟法第二十四條至第二十六條之規定。惟第二十四條第七款乃指推事於該案件曾行使檢察官或司法警察官職務之情形。在兼理司法之縣知事。以其本得當然行使檢察官職權。自不得以其曾於該案件行使檢察官或司法警察官職務。成爲應行迴避之原因。

(三) 高等審判廳爲依職權或依聲請將縣知事應迴避之刑事案件。移轉於距離該縣最近之法院或司法公署或兼理訴訟之縣知事審理。或酌派所屬推事及隣近縣公署或司法公署之承審員到縣審

理(章程六)此即與刑事訴訟法第三十二條第二項及第二十一條相當之規定。其依前段辦理者。自為訴訟程序。仍應由刑事庭為迴避及移轉之裁定。惟依後段辦理時。則應依行政程序。由該院長官為之。

(四) 縣知事自認為應行迴避或應否自行迴避有疑義者。得聲請高等審判廳裁決之。(章程七)此即與刑事訴訟法第三十二條第一項相當之規定也。其與通常不同者。則即自認為應行迴避并無疑義之時。亦應聲請高等法院裁定。蓋以此時在該署無再能執行推事職務之人也。惟在初級管轄案件。若設有承審員者。則不生此問題。毋庸聲請迴避。

(五) 上述第四條至第七條迴避之規定。於承審員準用之。但高等審判廳得斟酌情形。指定該縣知事或其他承審員審理。(章程八)得指定該縣知事審理者。以承審員本為其助理員也。此項指定。固為行政事項。應由該院院長為之。但關於應否迴避之裁定。則仍應由刑事庭為之。

(六) 聲請書記員迴避。向縣知事為之。由縣知事裁決。(章程九)此蓋與刑事訴訟法第三十三條相當之規定也。其迴避原因。自應準用該條。

### 第三 審判。

(一) 審判之開始。



甲 刑事案件。縣知事因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑。或由司法警察官署移送者。得逕行審判。但須告訴乃論之罪而未經告訴者。不在此限。(章程一〇)此即定明縣知事審理刑事訴訟。仍承襲以前糾問主義。不適用告劾主義。只須知有犯罪嫌疑。或經司法警察官署移送。即得開始審判。並無起訴之程序。亦無須先施偵查程序。故在縣知事審理之刑事案件。只有被告。並無原告。至其開始審判之端緒。告訴、告發、自首、及現行犯。不過爲其最重要者。并無何等限制。只須有相當事實及證據。足認被告之犯罪嫌疑者。即得對之開始審判。但此時亦不可全憑主觀。更須客觀。已至嫌疑程度者始可。(嫌疑與證明之區別詳前)至縣知事及其所屬司法警察官。本一面有偵查之職權。於未開始審判前。先施行偵查處分。自非法所不許。通常犯罪嫌疑之程度。非施行偵查。亦不能臻至也。至告訴乃論之罪。未經告訴。固不得開始審判。但開始偵查。自非法所不許。

縣知事審判之案件。雖屬原告。但被告之地位。應解與在通常程序無異。仍係當事人。而非訴訟標的。此不但觀同章程第十七條及第十八條自明。且同章程既定明應準用刑事訴訟法。被告在刑事訴訟法上之地位。固不能因以變更也。

乙 同章稅務告訴及告發程序。別設有規定如次。(章程一一)

- 1 告訴以書狀爲之者。應記載左列事項。

A 告訴人之姓名、籍貫、年齡、住址、職業。

B 被告之姓名、住址及其他足資辨別之特徵。若為告訴人所不知者。毋庸記載。

C 告訴之事實。

D 告訴之年月日。

1 以上述規定。於告發準用之。

2 以言詞告訴或告發者。縣知事應作筆錄。向告訴、告發人朗讀。命其簽名。

如上所述。以書狀為告訴、告發時。同章程雖定有制作之程式。但應解為只須依該書狀足認為有告訴主體及告訴事實已足。其餘即欠缺記載。亦不能謂其無效。又書狀或筆錄。若不能簽名者。自得依第一百九十二條辦理。且筆錄應解為得準用第二百二十四條。只命捺指紋以代簽名。

(二) 傳喚及強制處分。此各種程序。亦有應為審判前之程序者。亦有於審判中為之者。除各應準用刑事訴訟法之規定外。同章程更設有次述規定。

甲 縣知事及承審員就其所審理之案件。有發傳票、拘票、及押票、搜索票之權。並得不用搜索票。親自搜索。各票均應以縣公署名義行之。由縣知事或承審員簽名蓋章。蓋用縣印。(章程一一)凡正式法院審判長所為傳喚及各種強制處分之權。在兼理訴訟程序。自應屬於縣知事或承審員。至各票之

程式。除本條之特別規定外。自應分別準用刑事訴訟法各該條及文件之規定。

刑事被告。羈押不得逾三月。逾期有繼續羈押之必要者。應詳敘事由。聲請高等審判廳裁決之。（章程一四）此與刑事訴訟法第七十三條相當之規定。其羈押期滿未經裁判。亦未經於期滿前向高等法院聲請裁定延長。自應以撤銷押票論。又高等法院裁定延期。每次自亦不得逾二月。（參照刑

訴法七三）

乙 刑事被告逃亡或藏匿者。縣知事得分別情形。呈請高等檢察廳。通知附近或各處兼理訴訟縣知事。司法公署。檢察廳。司法警察官署通緝。遇有必要時。並得呈請高等檢察廳登載報紙或以其他方法布告之。（章程一五）此蓋與刑事訴訟法第五十條及第五十二條相當之規定也。餘自應準用第五十一條、第五十三條、第五十六條、第五十八條之規定。

(二) 審判程序。此自應如通常程序。含有訊問被告、調查證據、并使被告為辯論及為最後陳述、諭知判決各程序（參照刑訴法二七七、二七八、二八一、三〇〇、三〇二）通常應依此次序為之。惟同章程以次述數項。最為重要。故特為標出規定之。

甲 訊問被告。

1 訊問刑事被告。於問明姓名、年齡、職業、住址後。應告以犯罪嫌疑之要旨。（章程一七）此蓋與刑

事訴訟法第二百七十七條及第二百七十八條相當之規定也。違此規定者。其審判程序為違法。自屬無效。

2 訊問方法。由縣知事或承審員相機為之。但不得非法凌辱。(章程一八)此與刑事訴訟法第六十二條相當之規定。雖似僅禁止用強暴。但應解為脅迫、利誘、詐欺、及他不正方法。亦不得為之。違背者。其程序亦應解為無效。至規定得相機為訊問者。乃示明訊問不僅為使被告行使防禦權。並得以為證據方法訊問也。

乙 訊問筆錄。

訊問筆錄。應由審理案件之縣知事或承審員並記錄之書記員簽名。並應向供述人朗讀。令其簽名或印指模。(章程一九)依此規定。應解為無論訊問被告、證人、鑑定人。均應準用刑事訴訟法。由書記員在場。制作筆錄。其筆錄之記載事項。亦應準用該法。(參照刑訴法六四I、一一五I、一一七)又本章程此條。不過規定其制作之程式。乃與刑事訴訟法第六十四條第二項第四項及第一百十五條第二項第四項相當之規定。刑事訴訟法該各條第三項及同法關於文件之規定。於此時應行準用。自不待言。

丙 勘驗。

勘驗由審理該案件之縣知事或承審員行之。但應由縣知事勘驗之事件。遇有必要時。得令承審員代之。(章程二〇I)此與刑事訴訟法第一百五十六條第二項相當之規定。示明實施勘驗應依直接審理主義。惟審理該案件之縣知事或承審員。有勘驗權。非親自行之。則為違法。應屬無效。但縣知事遇有必要時。例如須於公署外履勘。有不能親自前往之情形者。則可命承審員代行。至命書記員或法警等勘驗。應屬無效。前大理院早著有判例。又勘驗程序。應準用刑事訴訟法第一百五十七條以下規定。並勘驗標的物。應依第二百八十四條辦理。自不待言。

勘驗筆錄。應由縣知事或承審員簽名。(章程二〇II)勘驗筆錄。亦準用刑事訴訟法第二百七十條第三項。及第一百六十三條第一項。第一百八十八條規定。應由書記員在場制作。自不待言。本項不過與該法第一百六十二條第二項相當之注意規定而已。

(四) 裁判。縣知事或承審員就刑事事件所為之裁判。其形式亦應分為判決與裁定兩種。(刑訴法一七九)並應準用刑事訴訟法第一百八十條至第一百八十七條之規定。且判決之種類及其程式。應準用第三百十五條至第三百二十四條之規定。但審理訴訟章程。更設有次述規定。

甲 裁判書應由縣知事及承審員簽名。並蓋用縣印。但承審員獨負責任之案件。僅由承審員簽名。(章程二一)即與刑事訴訟法第一百八十二條第二項相當之規定。應由縣知事與承審員共同負

責之案件。非由縣知事與承審員共同簽名。自屬無效。但在此案件。雖設有承審員。而係縣知事親自審理者。仍得由縣知事一人簽名。承審員審理者。始須共同簽名。

乙 刑事裁判書。除依刑事訴訟法（原稱條例）應送達當事人外。並應送達告訴人。（章程二二）依此規定。刑事裁判書。除應依刑事訴訟法第一百八十六條及第一百八十七條制作正本送達於被告及附帶民事訴訟之原告外。並應制作正本。送達於告訴人。蓋以便告訴人得為同章程第二十五條第一項之程序也。又此所謂裁判書。非指一切裁判書而言。僅指判決書及其他依性質應送達之裁定書而言。且裁定尚有次述同章程第二十三條第二項之適用。

丙 縣知事及承審員對於訴訟人呈請有所准駁。得以批行之。於訴訟進行中有所指揮。得以諭行之。此項批諭。得以牌示代送達。牌示在抗告期限內。不得撤除。（章程三三ⅠⅡ前段Ⅱ）此即規定縣知事或承審員對於訴訟關係人聲請之裁定及審判中所為訴訟指揮之裁定。得分別以批示或堂諭行之。此項批示或堂諭。得不制作正本送達該關係人。僅於縣公署適當處所牌示之以代送達。

（五）上訴。不服縣知事或承審員所為判決之上訴程序。自應準用刑事訴訟法第三編第一章通則之規定。惟審理訴訟章程。更設有次述特別規定。

甲 告訴人對於縣判得依上訴期限。向第二審之檢察官呈訴不服。請依上訴程序提起上訴。（章程

二五丁）此即規定告訴人有呈訴第二審檢察官提起上訴之權利。稱曰呈訴權。自爲訴訟法上之權利。蓋告訴人雖非當事人。不得逕行提起上訴。但在縣判既無同級檢察官參與。自應許告訴人呈訴上級檢察官提起上訴。以資救濟。至呈訴權之行使期限。應依刑事訴訟法第三百六十三條之上訴期限。逾期即喪失呈訴權。又該檢察官對於此項呈訴。自有核定之權。提起上訴與否。仍應依其意見以決定之也。

乙）前項情形應以檢察官爲上訴人（章程二五II）即檢察官雖依據告訴人呈訴提起上訴。上訴人仍爲該檢察官。第二審應由上訴人所行之程序。應由該檢察官行之。

丙）告訴人呈訴不服之案件。其呈訴權雖已喪失。而檢察官認縣判爲不當者。仍得提起上訴。（章程二五III）此爲當然規定。蓋縣判如有不當。自應許檢察官不受告訴人呈訴權之影響。而獨立提起上訴。以資救濟。

丁）檢察官除依告訴人呈訴外。因其他原因。發現縣判有不當時。得分別管轄。自行提起上訴。或移送該管檢察官提起上訴。（章程二六）此亦爲當然規定。

戊）上述第二十五條第二項及第二十六條上訴期限。自各該檢察官接受卷宗後起算。（章程二七）此蓋以第二審檢察官。無論係依呈訴或依其他情形。由該檢察官自行提起上訴。或移送管轄檢察

官提起上訴。均應適用刑事訴訟法第三百六十三條之上訴期限。於十日內爲之。至其起算方法。則自各該檢察官分別接受卷宗之翌日起算。蓋以該檢察官既未參與原縣審理。又未接收其判決。應否提起上訴。自須調查卷宗後。始得爲之。故定爲須自接受卷宗起算上訴期限也。此所謂卷宗。自指原第一審之縣卷而言。

己 刑事受諭知拘役或百元以下罰金之案件。得爲被告利益起見。向第二審上訴。(章程二八)此蓋既爲科刑判決。雖屬科刑極輕。仍得爲被告利益起見。提起上訴。不過爲一種注意規定而已。

庚 俱發罪之案件。其一罪判處死刑或無期徒刑並未上訴者。其他罪之判決。雖係違法。不得上訴。又刑事判決。僅係從刑失出。或雖失入。而於被告權利無重大影響者。不得專就從刑上訴。(章程一九)此蓋以一罪既處死刑或無期徒刑。並未上訴。則他罪之判決。雖係違法。或僅從刑失出。或雖失入。而於被告權利無重大影響。則該他罪之判決。或從刑部分。本得於確定後依覆判程序更正。自不許更就他罪判決或從刑部分。提起上訴也。(參照以後覆判之說明)

辛 管轄第二審法院。初級案件爲該管地方法院或分院。地方案件。爲高等法院或分院。(章程三〇)壬 刑事上訴。應於上訴期限內向第二審爲之。但得呈請原縣知事轉送上轉狀於第二審。(章程三



上訴應以書狀記載下列事項。1. 上訴人之姓名、籍貫、住址、年齡、職業。2. 原審判決之要旨。3. 不服之理由。4. 上訴之法院。縣知事接受上訴人轉送之呈請後，應速將上訴狀連同訴訟卷宗送交第二審。

(章程三四三二)

告訴人呈訴不服時，亦應以書狀記載上述事項，並應載明呈訴不服字樣。(章程三四四)

癸 覆判發回覆審判決案件，事實明確，僅係從刑失入，或程式間有未合，或主文用語不當，經檢察官提起上訴者，第二審得用書面審理。(章程三三二)

(六) 抗告。不服縣知事承審員所為裁定之抗告程序，自應準用刑事訴訟法第四編抗告之規定。惟如前述，縣知事及承審員既得以批諭代裁定，並得以牌示代送達，故審理訴訟章程又定明不服此項批諭，得於牌示之翌日起七日聲明抗告。(章程三三條Ⅱ後段)其依刑事訴訟法本不得聲明抗告者，雖係批諭，亦不得聲明抗告，自不待言。

縣知事或承審員認抗告為有理由者，得更正原批諭，認為無理由者，應即附具意見書，將全案卷宗送直接上級法院裁決。(章程三三條Ⅲ)

(七) 覆判。刑事判決應送覆判者，依修正覆判章程辦理。(章程三五現稱覆判暫行條例)覆判程序，另於後述。

(八) 再審及非常上訴。縣知事及承審員所爲判決確定者。其一般之再審及非常上訴。自應準用刑事訴訟法。審理訴訟章程。只定明刑事判決未經上訴或覆判審提審而確定者。其再審由管轄該案之第二審管轄之。但第二審得因其情形準用修正覆判章程覆審之規定。又最高法院審理該項判決之非常上訴。如認爲有更審原因者。得發交更審。(章程三二八)

(九) 覆判中之羈押。羈押之刑事被告。受罰金、無罪、免訴或不受理之判決。應送覆判者。得繼續羈押之。(章程三七)

(十) 判決之執行。執行判決。除其他法令別有規定外。由縣知事執行之。(章程三八)

#### 第四章 覆判程序

覆判程序者。非正式法院(即非依法院編制法組織之法院)就特定刑事案件所爲之判決。於本應確定時。停止其確定。更由該管法院。自實體及程序。審判其是否正當之特別刑事訴訟程序也。以前係爲修正覆判章程所規定。現時係爲覆判暫行條例所規定。茲就該條例說明其大要如次。

##### 第一 應覆判之案件。

(一) 兼理司法事務縣政府、司法公署、或由縣長兼行檢察職權之縣法院。審判地方管轄之刑事案件。未經聲明上訴。或撤回上訴。或上訴不合法。未經第二審爲實體上之審判者。均應覆判。(條例一)此

蓋以此等非正式法院就地方管轄之刑事案件所爲之判決。若未經第二審爲實體上之審判。則其於實體上或程序上有無錯誤。原即無從受第二審法院之審查。故必更使依覆審程序以重爲審查也。

(二) 被告犯數罪。其一罪屬於地方管轄者。應將全案覆判。一案中有被告數人。其中一被告所犯之罪屬於地方管轄者亦同。(條例一Ⅱ)此蓋以此時各數罪或數被告。既已合併於一案而被審判。其中有一罪屬於地方管轄而應覆判。自應使他罪或他被告亦一併覆判。於審判上方爲便利也。

(三) 凡未經設立法院縣司法公署或縣政府地方。照法令允准兼理司法之局所人員。審判刑事案件。準用本條例關於縣政府之規定。亦應覆判。(條例一五Ⅰ)

## 第二 覆判法院。

覆判管轄法院。簡稱曰覆判審。(如條例八)乃爲高等法院或分院。(條例一Ⅰ)其未設高等法院省分及特別區域之最高司法機關。亦得爲覆判法院。(條例一五Ⅱ)

## 第三 送覆判之程序。

(一) 應覆判之案件。未經上訴或撤回上訴。而卷宗及證據物尙未送交上訴法院者。原審縣政府。縣司法公署。或縣法院。應於經過上訴期限或撤回上訴後五日內。將判決正本及卷宗證據物呈送高等法院或分院檢察官。(條例二Ⅰ)

(二) 高等法院或分院檢察官。於接收判決正本及卷宗證據物後。應附具意見書。於五日內轉送覆判。  
(條例二II)

(三) 撤回上訴之案。其卷宗及證據物已送交上訴法院。及上訴不合法。未經第二審為實體上之審判者。高等法院或分院檢察官。應附具意見書。逕送覆判。(條例二III)

(四) 一案內有多數被告。由少數被告聲明上訴者。得就初判之全部。合併審理。但其判決仍分別行之。被告犯數罪。僅就初判之一部聲明上訴者亦同。(條例三)此蓋以此時就已上訴之被告或已上訴之罪。雖應依通常上訴程序辦理。其未上訴之被告或未上訴之罪。雖應依覆判程序辦理。但既原係於一案內判決。其審理程序。二者自以合併行之為宜。故此時該未上訴部分。即未經送覆判。亦得逕於上訴程序審理之。惟其判決則一為上訴審性質。一為覆判審性質。自以分別行之為是。

#### 第四 覆判法院之審判

高等法院或分院覆判時。應依書面審理。而分別為次述程序。

(一) 發見初判有疑義事項。得令原審查覆。(條例四I)此項命令。自應依訴訟程序。非依行政程序。故應以合議庭名義行之。

(二) 應分別為左列之裁判。

甲 法律事實相符。或僅引律錯誤。罪刑並無出入者。為核准之判決。(條例四一1)其引律錯誤之點。應於准核判決之理由內糾正之。(條例四一2)此與次述二款不同者。即初判或係認定事實適用法律均屬正當。或僅適用法律錯誤。而罪刑仍屬相當者。自應維持之。

乙 引律錯誤。致罪有失入。或僅從刑失出者。為更正之判決。(條例四一3)其引律雖無錯誤。而量刑失當者。亦同。但原處無期徒刑以下之刑。而認為應處死刑者。不在此限。此款係因初判適用法律錯誤。而致罪刑失當。即或論罪失重。或處從刑失輕。或量刑有失輕重。則以於被告利害尚較輕。而又本未上訴或無合法上訴。自得逕為更正之判決。但認為應改處死刑者。仍不許逕為更正。

丙 不合於上述二款情形者。則為覆審之裁定。(條例四一3)有此裁定時。初判判決視為業已撤銷。(條例五)又此裁定。不得聲明抗告。(條例八)

覆審之裁定。應擇用左列辦法之一。於主文內表示之。(條例七)

- 1 發回原審縣政府。縣司法公署或縣法院覆審。此即謂發回原審。使續行第一審審判也。
  - 2 提審。此即謂由本法院自將被告提訊。以就該案件為第二審審判也。
  - 3 指定推事覆審。此即謂由合議庭指定推事蒞臨原審所在地訊問被告。以為第二審審判也。
- 上述三種覆審辦法。自應斟酌情形諭知之。

(三) 一案中有應核准、更正覆審之部分互見時，依左列各款辦理。(條例六)

甲 應核准與覆審之部分互見時，應為覆審之裁定。但應核准部分，係無罪或免訴或不受理之判決者，得另將該部分為核准之判決。

乙 應核准與應更正之部分互見時，應為更正之判決。

丙 應覆審與應更正之部分互見時，應為覆審之裁定。

(四) 核准及更正之判決，應將正本發交原審送達於被告。(條例九) 此不過為注意規定。即覆審之裁定，亦以送達於被告為宜。又核准及更正之判決，并覆審之裁定，應行送達於同級轉送或逕送覆審之檢察官，更不待言。

### 第五 覆審程序。

此雖無明文規定，而依同條例第十六條，自應解為發回覆審者，仍應依原審通常程序。提審及指定推事蒞審之時，則應依第二審通常程序。

### 第六 原審覆審判決後之程序。

發回原審覆審判決案件，應依同條例第二條第一款規定期間，將判決正本連同卷宗證據物呈送高等法院或分院檢察官，呈送覆審判決，準送達論。(條例一〇)

第七 覆審判決之不服方法。(條例十二)

(一) 覆審法院同級檢察官對於核准及更正之判決。並提審、蒞審時所爲之判決。得上訴於管轄第二審之法院。對於發回覆審時所爲之判決。得上訴於管轄第二審之法院。

(二) 被告於覆審時之判決。無論爲原審或第二審所爲。如其處刑重於初判時。得分別上訴於管轄第二審或第三審之法院。

(三) 原告訴人於原審覆審時所爲之判決。處刑輕於初判時。得呈訴不服於管轄第二審之法院。

第八 呈送覆審中之保釋或責付。

此於同條例第十二條有規定。

第九 覆審判決之執行。

此於同條例第十三條及第十四條有規定。

第十 刑事訴訟法及其他法令之適用。

此於同條例第十六條有規定。即除與本條例抵觸者外。仍應適用之。

第七編 執行程序

第一 執行之意義。

裁判之執行云者。使裁判之執行力實際現出之處分也。必於有執行力且須執行之裁判。始發生執行之問題。裁判之執行。不僅就科刑判決爲之。亦不僅對於受刑人即被告爲之。即就裁定。並對於第三人。亦得爲之。例如對於證人命拘提或科罰鍰之裁定是也。爲執行之處分行爲。通常固係用強制力。但亦有不用強制力者。例如停止羈押之裁定。即無須用強制力而執行也。（參照裁判執行力之說明）

### 第二 執行程序之性質

執行程序。亦爲廣義之訴訟程序。此已於前述。（參照緒論）但執行程序。與偵查程序及審判程序之目的。根本不同。前二者係以開始並實行刑事訴訟爲目的。均在確定刑罰權。後者則係以終結刑事訴訟爲目的。而在實現刑罰權。判決程序。雖爲刑事訴訟之中樞。且爲狹義之刑事訴訟。但刑事訴訟之目的。僅能因判決達其一半。其他一半。必待執行始能完成。故執行程序。實可謂與判決程序並重者也。

### 第三 執行之時期

裁判應於確定後執行之。乃爲原則。但有特別規定者。自應從其規定。（四七六）故如定明不須確定。亦得執行者。則應於其諭知時執行之。（四二〇）又亦有雖已確定。而仍不能立即執行者。如死刑之執行。非待司法部覆准。不得執行是也。（四八一）

### 第四 執行之指揮



有執行力之裁判。能逕自發生其執行力者。究極屬例外。通常均須更經執行程序。此又有二種程序。第一、須本於有指揮權者之命令。第二、須待於有執行權者之實施。前者稱曰執行之指揮。指揮執行。與實施執行。乃爲二事。實施執行者。有司法警察、司法警察官、看守所或監獄長官、承發吏等。其行爲自屬於司法行政之性質。至指揮執行者。則應分別論之。如爲檢察官所爲者。固亦屬司法行政之性質。若係法院或審判長所爲者。則應解爲屬於司法之性質。

指揮執行之機關。爲第四百七十七條所明定。即如次述。

(一) 指揮權。原則應屬於諭知該裁判之法院之檢察官(四七七I)執行權應屬於檢察官而不屬於其爲裁判者。乃爲一般通例。蓋其理由。在於(一)期冀程序之敏速。(二)維持裁判之公平。(三)減輕法院之負擔三點。此則更定明應爲與諭知該裁判法院之同級檢察官。蓋亦在期其敏速便宜也。

(二) 但有例外。定爲屬於次述人員。(四七七I但書II III)

甲 依裁判之性質。應由法院或審判長指揮者。則屬於法院或審判長。例如法院命停止羈押或執行羈押之裁定(八四)及審判長所發之拘票押票等是也。

乙 因上訴、抗告之裁判。或因撤回上訴、抗告。而應執行下級法院之裁判者。則屬於上級法院之檢察官。此蓋以此時逕由該檢察官指揮。較爲敏速便宜也。

丙 諭知裁判。雖爲上級法院。如其卷宗在下級法院者。則不應由該法院之檢察官指揮執行。應由下級法院之檢察官指揮。此亦期於敏捷便宜也。

指揮執行之程序。爲第四百七十八條所明定。即應以書狀爲之。並附裁判書或筆錄之繕本或節本。故指揮執行。本應另有命令執行之書狀。且原有裁判書者。應附具此裁判書之繕本或節本。其原僅記載筆錄者。則附筆錄之繕本或節本。但有例外。亦有不用書狀命令。而逕自交付原本命令執行者。如拘票、押票、搜索票、捕票之執行是也。(四六六、六九、四九一)

### 第五 執行之次序。

二 以上之主刑之執行。除罰金外。應先執行其重者。但有必要時。檢察官得命先執行他刑。爲第四百七十九條所明定。蓋以財產刑。本得與他刑一併執行。自不發生孰應先後執行之問題。若死刑及自由刑。有二個以上者。則因其不得同時執行。故法律爲規定其執行之次序。以先執行其重者爲原則。必於必要時始得變更次序。而停止重刑之執行。先執行他刑。

### 第六 死刑之執行。

(一) 死刑非經司法部覆准。不得執行。爲刑法第五十三條第二項所明定。故刑事訴訟法就此點更設有規定如次。

- 甲 諭知死刑之判決確定後。檢察官應速將該案卷宗送交司法部。(四八〇)此蓋以便司法行政部得據卷宗。審查其有無請求特赦及提起再審並非非常上訴之原因。如有特赦原因。應呈由司法院院長提請國民政府核准施行。(參照國政府組織法三三)如有再審及非常上訴之原因。應分別令行該管檢察官辦理。如別無該各項原因。即應予以覆准。
- 乙 死刑經司法部覆准後。應於文到三日內執行之。(四八一)
- (一) 執行死刑。應用絞。於監獄內執行之。爲刑法第五十三條第一項所明定。
- (二) 執行死刑。應由檢察官蒞視。並命書記官在場。(四八二丁)
- (三) 執行死刑。除經檢察官或監獄長官之許可者外。不得入行刑場內。(四八二乙)
- (四) 執行死刑時。應由在場之書記官制作筆錄。(四八三丁)
- (五) 筆錄應由檢察官及監獄長官署名蓋章。(四八三乙)
- 餘應適用第一百八十九條及第一百九十條之規定。自不待言。

## 第七 死刑之停止。

- (一) 受死刑之諭知者。如在心神喪失之時。於其痊愈前。由司法部命令停止執行。(四八四丁)此項命令。通常自係據該管檢察官或被告家屬之呈請爲之。

(二) 懷胎婦女受死刑之諭知者。於其生產前。由司法部命令停止執行。(四八四II)

(三) 依上述命令而停止執行者。於其痊愈或生產後。非有司法部命令。不得執行。(四八四III)

第八 自由刑之停止。自由刑之執行。乃應依監獄法所定。故刑事訴訟法僅規定其停止程序。只須有法定停止之原因。不問在開始前或執行中。均應停止之。

(一) 受徒刑或拘役之諭知。而有左列情形之一者。依檢察官之指揮。於其痊愈或該事故消滅前。停止執行。(四八五)

甲 心神喪失者。

乙 懷胎七月以上者。

丙 生產未滿一月者。

丁 現罹疾病。恐因執行而不能保其生命者。

(二) 依上述甲及丁之情形停止執行者。檢察官得將受刑人送入病院或其他適當之處所。(四八六)

第九 執行時所爲之傳喚、逮捕、或沒入。

(一) 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。傳喚不到者。應發捕票。(四八七I) 其因具保停止羈押。經傳喚執行而不到者。檢察官並得爲沒入保證金之處分。受刑人不

服此項處分。得聲請該管法院撤銷或變更之。(四八七Ⅲ)

(二) 受死刑、徒刑或拘役之諭知者。如已逃亡或有逃亡之虞者。得不經傳喚。逕發捕票。(四八八)

(三) 捕票。即係命行逮捕。其程式及其執行并效力。已於前述。茲不贅。(四八八至四九一)

#### 第十 財產刑及罰鍰、沒入、追徵之執行。

(一) 罰金、罰鍰、沒收、沒入、及追徵之裁判。應依檢察官之命令執行之。(四九二Ⅰ)此中罰金及沒收。乃為財產刑。(參照刑法四九五○)罰鍰(例如九五)沒入(例如八二Ⅰ)及追徵(例如刑法二二九)雖非刑罰。但與前二者之裁判相同。均係就財產執行。故一併規定。應依檢察官之徵收命令執行之。法律未規定賠償費用之裁判(例如九五)應解為亦得依檢察官命令執行之。

(二) 罰金、追徵。得就受刑人之遺產執行之。(四九二Ⅱ)此蓋因刑以止及於受刑人一身為原則。罰金及追徵。若無明文。亦恐有受此原則支配之疑。故法律特為此杜疑規定。得就受刑人之遺產執行之。至於沒收。於受刑人財產開始繼承時。仍得執行。乃屬當然。罰鍰、沒入。以既定明準用執行民事裁判之規定。得就受裁判人之遺產執行。亦屬當然。故未更揭明文也。

(三) 檢察官之命令。與有執行力之債務名義。有同一之效力。又此命令。無論係就本人生前財產或就其遺產執行。均準用執行民事裁判之規定。(四九二ⅢⅣ)故依此規定。檢察官之徵收命令。即與普通

之民事債務名義相同得逕由執行機關依執行程序執行。

(四) 法人依特別法令得處財產刑者。應如何執行。法律雖無明文。自得準用上述規定。其消滅時。亦得就其賸餘財產執行。自不待言。

### 第十一 沒收物件之處分。

(一) 沒收物件。檢察官應處分之。(四九三)此蓋以沒收物件。不宜久為保存。故定明應由檢察官處分之。至其處分方法。除依次述規定外。可依檢察官認為適當之方法為之。

(二) 沒收物件。於執行後三月內。由權利人聲請發還者。除應破毀或廢棄者外。檢察官應發還之。(四九四I)此即定明沒收物件如非屬於犯人而另有權利人者。則除應破毀廢棄者外。權利人得於三月內隨時聲請檢察官發還。若逾三月。則檢察官得自由處分之。

沒收物件已競賣者。遇有上述聲請。應給予競賣所得之原價。(四九四II)特定沒收物件。本得命競賣者。(一三五)則此時由權利人聲請發還時。自僅得給予賣價也。

### 第十二 扣押物件之處分。

(一) 偽造或變造之物件。經扣押而未論知沒收者。原應發還。但此時檢察官得變更其形狀。或於偽造變造之處。加以標示。(四九五)

(二) 扣押之物件。既未諭知沒收。自應發還。但如應受發還之人。所在不明。或因其他事故不能發還者。檢察官應布告之。自布告之日起。六月內無人聲請發還者。以其物件歸屬國庫。又雖在此六月期限內。如係無價值之物件。得廢棄之。不便保管者。得命競賣。而保管其所得之原價。(四九六)

### 第十三 撤銷緩刑諭知之聲請及其裁定。

緩刑之諭知應撤銷者。由受刑人所在地或其最後住所地之地方法院檢察官向該法院聲請之。地方法院遇有此項聲請。應於訊問被告或其原審代理人之意見後裁定之。此項裁定。得於五日內抗告。(四九七) 此蓋以緩刑之諭知。如依刑法應撤銷時。(刑法九一)其程序應規定之。即應先經聲請。再經裁定。而因其於被告利害關係頗大。故定明應訊問被告或其原審代理人之意見後。始得裁定。此裁定除應適用第一百八十一至第一百八十三條并第一百八十七條之規定外。且不問其准駁。均可抗告。

### 第十四 更定刑及定執行刑之聲請及其裁定。

依刑法第六十七條應更定其刑者。或依刑法第七十二條及第七十三條。第七十條第三款至第五款之規定。定其應執行之刑者。由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官。向該法院聲請之。法院遇有此項聲請時。應於訊問被告或其原審代理人之意見後裁定之。此項裁定。得於五日內抗告。(四九八) 此蓋以依刑法規定應更定刑或應定執行刑時。定為由該案件犯罪事實最後判決之法院之檢察官聲請。

并由該法院以裁定裁判。較爲適宜也。餘可參照上第十三之說明。

第十五 免服勞役或命服勞役之命令。

依刑法第五十四條第二項。應免服勞役。或依刑法第五十五條第六項。應令服勞役者。由指揮執行之檢察官命令之。(四九九)此蓋以依刑法該各規定免服勞役或命服勞役。亦屬於刑之執行。故應由指揮執行之檢察官命令之。只須爲依法有指揮權之檢察官即可。是否仍爲原指揮之人。可以不問也。

第十六 罰金易科監禁之命令。

依刑法第五十五條第二項罰金應易科監禁者。由指揮執行之檢察官命令之。又罰金易科監禁者。準用執行徒刑或拘役之規定。(五〇〇、五〇一)此蓋以依刑法規定易科監禁。亦屬於刑之執行。自應由有指揮執行權之檢察官命令之。而爲此命令時。命執行徒刑或拘役。亦應同時定之。

第十七 聲明疑議或異義及其裁判。

(一) 當事人對於科刑裁判之解釋有疑義者。得向諭知該裁判之法院聲明疑義。(五〇二)此項聲明權。亦爲訴訟上之權利。惟於就科刑判決有疑義時。始能發生。又所謂判決之疑義。應自其主文言之。即就主文之內容。於解釋上發生疑義時而言。例如關於刑之執行或刑期計算有疑義之時是也。此時不問檢察官、自訴人、被告。均得聲明之。且自以向諭知該裁判之法院聲明爲宜。



(二) 受刑人以檢察官執行之指揮爲不當者。得向諭知該裁判之法院聲明異議。(五〇三)此聲明亦爲訴訟法之上權利。惟受刑人就刑之執行本身或其方法。認檢察官指揮不當者。始得爲之。

(三) 聲明疑義或異議。應以書狀爲之。(五〇四)且應準用第三百六十五條關於上訴之規定。(五〇四三)

〇四三)

(四) 聲明疑義或異議。於裁判前得撤回之。其撤回應準用第三百六十五條及第三百七十二條之規定。(五〇四三)

(五) 法院接受疑義或異議之聲明。應於諮詢檢察官後裁定之。(五〇五)此限於聲明疑義非由檢察官所爲之時。始有適用。自不待言。

對於前項裁定。得於五日內抗告。(五〇五)餘自應準用第一百八十一條至第一百八十三條並第一百八十七條之規定。

### 第十八 執行權之消滅。

執行權應於何時消滅。刑事訴訟法無明文。解爲應於有左列事由時消滅。

(一) 執行完畢。

(二) 受刑人或被告死亡。但財產刑及罰鍰沒入追徵等有例外。已如前述。

(三) 時效完成。此爲刑法第一百零一條所規定。

(四) 假釋期滿而未經撤銷假釋者。其未執行之刑期。以已執行論。爲刑法第九十六條所明定。故此亦爲執行權消滅之原因。

(五) 赦免。此不關大赦。特赦。均可使刑之執行權消滅。

## 第八編 附帶民事訴訟

### 第一章 總論

#### 第一節 附帶民事訴訟之觀念

##### 第一 附帶民事訴訟之意義

附帶民事訴訟。已如緒論所述。其性質實爲民事訴訟。因其係附帶於刑事訴訟而提起。始有附帶民事訴訟之稱。此其意義。亦如一般民事訴訟及刑事訴訟。略有三個意義。第一、爲訴之意義。此即謂訴權之活動。其與一般民事訴訟不同者。則此訴權乃如後述。係原告對於刑事法院請求判決賠償損害之權利。乃爲刑事訴訟法所認之權利。而非民事訴訟法上之權利。第二、爲訴訟關係之意義。此亦與一般民事訴訟不同。乃謂刑事法院與原告及被告在刑事訴訟法上之權利義務關係。而非民事訴訟法上之權利義務關

係。第三、爲訴訟程序之意義。通常所謂附帶民事訴訟。即謂附帶民事訴訟程序。自訴訟本身言之。乃爲民事訴訟之性質。故其與刑事訴訟程序脫離後。即成爲獨立民事訴訟。完全應由民事法院審理。且應適用民事訴訟法。但在其附帶於刑事訴訟程序而未脫離以前。則其訴訟程序。乃爲刑事訴訟程序之一部。其審判機關。固爲刑事法院。即其程序亦應先行準用刑事訴訟法之規定。

## 第二 附帶民事訴訟之沿革。

附帶民事訴訟之制度。以法律明確制定者。乃以法國治罪法爲始。日本舊刑事訴訟法沿之。均稱曰附帶私訴。(action privee) 我國刑事訴訟採用新制度後。亦並採用此制度。且沿用此名稱。(參照舊高等以下各級審判廳試辦章程第四十七條及私訴規則)若德國刑事訴訟法(四四四、四四五)所認償金之訴(Bussklage)於有侮辱、誹毀、傷害、精神創作物所有權之侵害、不正競爭等情形時。雖許被害人得請求一定額之賠償金(Buss)徵與此制度相似。但仍係以民刑事分化爲大原則。其所設私訴(Privatklage)之制度。則專指被害人提起之刑事訴訟。與法日所稱之私訴。意義完全不同。我國舊刑事訴訟條例。既採德國私訴制度。而又參用舊日附帶私訴制度。以二者名稱相混。遂改稱附帶私訴曰附帶民事訴訟。現行刑事訴訟法。仍係沿用此制度與名稱。乃完全仿法日法例。其刑被害人於刑事訴訟提起民事訴訟之範圍。固遠較德國爲寬也。

### 第三 設附帶民事訴訟之理由

民事責任與刑事責任。雖由同一行為而生。仍應各由獨立之法院審判之。即其審判權。一則屬於民事法院。一則屬於刑事法院。此即近代已確定之民事責任分化之原則之適用。蓋以二種責任。雖由同一行為而生。但其性質。一則為刑法上之刑罰。而發生刑罰權之公權。一則為民法上之賠償損害。而發生此項請求權之私權。又其行為之性質。雖屬同一行為。而因該行為之結果各異。故一則為犯罪行為。一則為侵權行為。且法律科責任之範圍。一則故意與過失大不相同。一則故意與過失全無區別。又其目的。一則在維持社會之秩序。一則在保護私人之利益。二者既有如此之根本差異。故德國刑事訴訟法。頗嚴格遵守分化之原則。不許同一法院。得一併審判民事與刑事。法日二國立法例。竟創此例外者。其根本理由。即在若使二者同時由同一法院審判。斯二者之功用愈顯。不但二者直接目的可以達到。間接目的亦可以一併達到。乃愈收相輔為用之效。蓋判令犯罪人同時負二重責任。於預防犯罪之效果尤大。此即刑事訴訟法認附帶民事訴訟之最大用意也。至於被害人得因以減輕舉證責任及訟費負擔。法院亦得因以避免程序重複與裁判抵觸。亦認此制度之附帶理由也。

### 第二節 附帶民事訴訟之訴權

#### 第一 訴權之意義

附帶民事訴訟之訴權。雖與刑事訴權同爲原告對於刑事法院請求爲判決之權利。但二者之目的根本不同。即一在確定刑罰權。一在確定損害賠償請求權。故其所請求之判決內容亦大不相同。但二者僅於此點相異。至其性質則並不相異。即同爲刑事訴訟法所認對於刑事法院之判決請求權。而爲一種刑事訴訟法上之法律關係。並非如民事訴權。爲原告對於民事法院之判決請求權。而爲民事訴訟法上之權利也。

附帶民事訴訟之訴權。亦可如一般民事訴權及刑事訴權。分爲形式之訴權。與實質之訴權二種。前者乃單爲請求刑事法院爲判決之權利。原告一經依此權利。提起訴訟。不問其是否合法並有無理由。法院即有爲判決之義務。後者則爲原告請求刑事法院諭知其勝訴即命賠償損害之判決之權利。則須原告所提起之訴合法並有理由。刑事法院始有爲此判決之義務。

附帶民事訴訟之訴權。雖係原告對於刑事法院之判決請求權。但只須行使權利提起訴訟之後。雖該訴訟竟脫離刑事法院。而繫屬於民事法院。因係同一訴訟拘束之案件。民事法院。自亦應有爲判決之義務。

## 第二 訴權之要件

附帶民事訴訟形式之訴權。雖亦不須何等要件。即可發生。並得行使。但實質之訴權則否。以其性質原爲一種民事訴訟。故一般民事訴權之成立及行使要件。固須具備。但應注意者。即該訴權亦有依刑事訴訟

法之特別規定。即其行使要件。微與一般民事訴權有不同者。例如此訴必待刑事訴訟起訴後始得提起。且在刑事訴訟第二審辯論終結前。亦得提起等規定是也。(五〇八)

### 第三 訴權之消滅。

附帶民事訴訟形式之訴權。亦無何等消滅原因可言。此所謂消滅云者。乃指實質之訴權也。其消滅原因。刑事訴訟法既無特別規定。自仍應依刑事訴訟法及民法並民事訴訟法之一般規定以解決之。即其前提之實體請求權。如因民法規定之時效。拋棄等消滅原因而消滅者。其訴權亦當因以不能存立。自不待言。即其前提請求權尙經存在。而該訴權本身如因刑事訴訟法或民事訴訟法所定之捨棄訴權。撤回起訴上訴。判決確定。訴訟上和解等消滅原因而消滅者。自亦應消滅。至於刑事訴權消滅之原因。則與民事訴權無涉。不能爲其消滅原因也。

### 第三節 附帶民事訴訟之主體

#### 第一 法院。

此自爲刑事法院。依刑事訴訟法第五百零八條。凡刑事管轄第一審法院及管轄第二審法院。均對於附帶民事訴訟有管轄權。許於刑事第二審辯論終結前。亦得提起附帶民事訴訟者。蓋爲被害人之便利。而期貫徹設此制度之本旨也。

## 第二 原告。

此爲刑事訴訟法第五百零六條所明定。乃爲因犯罪而受損害之人。此所謂因犯罪而受損害。並非謂以犯罪爲其請求原因。乃謂該犯罪行爲一面成爲侵權行爲。因此侵權行爲而發生損害賠償請求權。此權利歸屬之主體。即所謂因犯罪而受損害之人也。只須爲民法所規定有此救濟權之人。即得在該犯罪之刑事訴訟。爲原告以提起附帶民事訴訟。並不限於直接受損害之人。即間接受損害之人亦可。又此主體不必即爲因該犯罪所侵害之利益之主體。又該項請求權。只須非依法爲專屬於一身之權利。自得依繼承以移轉於人。此繼承人自亦得爲原告也。

## 第二 被告。

關於得爲附帶民事訴訟被告之人。立法例及學說有二。(一)有僅限於已經起訴之刑事被告者。(二)有許對於刑事被告以外之人亦得提起者。刑事訴訟法乃與舊刑事訴訟條例同。於第五百零六條。定明得「對於被告及依民法負賠償責任之人」提起。蓋採第二主義者也。依此規定。自不限於已經提起刑事訴訟之被告。凡就該犯罪事實於民法上應負賠償責任之人。均爲當事人適格。故如法人董事就其職務上之行為發生犯罪。並因以加損害於人者。則法人雖未爲刑事被告。亦得爲民事被告。餘如被告竊盜或侵佔物品之善意買受人。亦得以之爲被告。且對於各被告之請求主旨。(應受判決事項之聲明)亦不必相

同。例如侵占不動產時，對侵占之刑事被告，請求賠償不動產之損失，對轉得人請求返還占有並塗銷登記，固無不可也。

#### 第四節 附帶民事訴訟之客體

附帶民事訴訟之客體，即其訴訟標的為何。按第五百零六條定明係「請求回復其損害」，又於第五百零七條第一項定明「賠償損害責任依民法定之」，則自為民法上之損害賠償請求權，且該項責任既係由犯罪事實而生，通常自為由於侵權行為之損害賠償請求權也。法條不曰請求賠償損害，而曰請求回復損害者，蓋以賠償損害，乃以回復他方損害發生前之原狀為原則故也。（參照民法二二二）故除得請求以金錢賠償其損害外（民法二一五）餘如請求返還贓物、塗銷登記、塗銷虛偽證書，以及侵害名譽者，請求為回復名譽之適當處分（民法一九五）固均無不可也。總之，此項請求權之內容及範圍如何，應依民法關於賠償責任之所定，其無特別規定者，則應適用民法第一百八十四條第一項之規定。即如關於告訴、起訴所需之必要費用（如狀紙費等）在誣告罪所延辯護人之公費，固亦依民法該條而得請求也。

#### 第五節 附帶民事訴訟應適用之法律

第一 關於本案請求應適用之法律。

附帶民事訴訟之賠償損害責任，如上所述，應依民法定之。為刑事訴訟法第五百零七條第一項所明定。



此所謂民法。自係民事實體法之義。凡關於民事之成文法令及習慣法並外國法。均包括之。

## 第二 關於訴訟程序應適用之法律。

附帶民事訴訟之程序。準用刑事訴訟法。刑事訴訟法無規定者。準用民事訴訟法。為刑事訴訟法第五百零七條第二項所明定。蓋以附帶民事訴訟程序。本為刑事訴訟程序之一部。故應首先依刑事訴訟法之規定。但該訴訟之性質。本為一種民事訴訟。故同時亦應依民事訴訟法之規定。法律雖定明只限於刑事訴訟法無規定者。始應準用民事訴訟法。但此不過規定一般原則。亦有刑事訴訟法雖有規定。而依該訴訟之本來性質。仍不能準用其規定。而應準用民事訴訟法之規定者。例如關於訴訟代理人。刑事訴訟法雖有第一百六十八條之規定。仍應依民事訴訟條例第八十二條至第八十四條、第九十三條、第五十七條等規定是也。

何者應準用民事訴訟法。刑事訴訟法別無具體規定。除起訴及審判程序。另於後述外。次述事項。以解為應行準用為是。（參照日新刑訴法五七二）

(一) 當事人能力。關於當事人資格。刑事訴訟法第五百零六條已經規定。如前所述。餘關於當事人能力。自應準用民事訴訟法。

(二) 訴訟能力。附帶民事訴訟。本為民事訴訟之性質。故關於訴訟能力。不能準用刑事訴訟法之原

則而應依民事訴訟法。即被告之訴訟行為亦然。

(三) 共同訴訟及訴訟參加。此亦以無害該訴訟之附帶性為限。得準用民事訴訟法。故只須為被害人。即得共同起訴。又刑事被告外。對於依民法應負賠償責任之人。亦得共同被訴。此外訴訟參加及擔當訴訟之法則。自亦得準用。

(四) 訴訟代理及輔佐。此二項。刑事訴訟法雖均設有規定。解為仍應依民事訴訟法之規定。蓋以關於此二者。刑事訴訟與民事訴訟之性質。根本不同故也。

(五) 訴訟行為之遲誤。此則除聲請回復原狀。刑事訴訟法已有明文。應準用其規定外。餘亦應準用民事訴訟條例第二百零二條至第二百零四條之規定。

(六) 訴訟程序之停止。此亦以無害該訴之附帶性為限。應準用民事訴訟法。故如原告已故者。得由其承繼人承受訴訟。於其承受前應行中斷。(民訴條例二二五丁、二二六丁)惟刑事被告已故時。則應依刑事訴訟法第三百十八條辦理。

(七) 和解及起訴並上訴之撤回。此因其本為民事訴訟之性質。應依民事訴訟法之規定。

(八) 本於捨棄之判決。即民事訴訟條例第四百五十五條之規定。應行準用。亦為附帶民事訴訟之性質所當然。惟本於認諾之判決。即同條例第四百五十六條之規定。則因有與刑事判決抵觸之虞。自

不得準用。

(九) 再審及假扣押、假處分並強制執行。此亦因其為民事訴訟之性質。應準用民事訴訟條例及民

事訴訟執行規則之規定。

(十) 非常上訴及再審。此於刑事訴訟法雖設有特別規定。解為仍應適用民事訴訟法。即不許提起

非常上訴。再審亦應依民事再審程序辦理。

## 第二章 訴訟程序

### 第一節 起訴

#### 第一 管轄法院。

此已如前述。為刑事第一審管轄法院或第二審管轄法院。故附帶民事訴訟之管轄。乃應從其所附屬之刑事訴訟之管轄。不問在第一審或第二審均可提起。不應依民事訴訟法所定事物管轄或土地管轄之規定。

#### 第二 起訴之時期。

此為第五百零八條所明定。只須於刑事訴訟起訴後。第二審辯論終結前。均得提起。但第一審辯論終結後。第二審提起上訴前。不得提起。關於附帶民事訴訟之審級。固亦有反對立法例。定為須在刑事第一審

辯論終結前始得提起者。刑事訴訟法。則仿舊民事訴訟規則及刑事訴訟條例。許於刑事第二審辯論終結前亦得提起。蓋以其訴原因既為犯罪事實。略去一審。許在第二審提起。反足以貫徹設此制度之本旨也。又以其係附帶於刑事訴訟程序。故在刑事訴訟之起訴前或第一審辯論終結後。第二審提起上訴前。則尚無刑事訴訟程序。自不許提起。

### 第三節 起訴之程序。

(一) 關於當事人能力、訴訟能力及法定代理、訴訟代理。應準用民事訴訟法。已如前述。

(二) 起訴解為應依第二百五十八條第一項。以書狀為之。(註)惟其記載事項。應依民事訴訟法。乃為其性質所當然。故仍應依民事訴訟條例第二百八十四條第一項或民事訴訟律第三百零三條第一項記載之。

註 舊私訴規則亦有同一規定。

(三) 訴狀既為文件。自應適用刑事訴訟法關於文件之規定。

(四) 訴狀之提出。應準用民事訴訟法。即應按被告人數提出繕本。(參照民事訴訟法一四五民訴律一

七〇)

(五) 訴狀之送達。應準用刑事訴訟法第二百五十六條。即應送達於被告。乃為當然。

## 第二節 審判

### 第一 概說。

附帶民事訴訟。以其爲刑事訴訟程序之一部。故關於其審判程序。刑事訴訟法有規定者。自應從其規定。即無明文規定。而有一般原則以支配之者。亦應受其支配。即實體真實發見主義。及職權主義。均應適用。而不應適用形式真實發見主義及辯論主義。故如證據之蒐集。調查。取捨。並事實之認定。均應由法院依職權爲之。不爲當事人之聲明或陳述所拘束。但關於訴訟標的及應受判決事項之聲明。則依其性質。應解爲仍須適用民事訴訟法之原則。故如原告如捨棄關於訴訟標的之主張者。自應爲原告敗訴之判決。（參照民訴條例四五五民訴律四六〇）並不得就當事人未聲明之事項爲判決。（參照民訴條例四六一民訴律四六五）

### 第二 審判程序。

- (一) 附帶民事訴訟。原則應與刑事訴訟同一審判日期。故於刑事審判日期。應一併傳喚附帶民事訴訟之當事人及其他關係人。此雖無明文。乃爲當然。又關於審判日期。刑事訴訟法已有明文。自應從之。
- (二) 附帶民事訴訟之審理。原則應於刑事訴訟審理完畢之後爲之。但因便利或必要。於刑事審理中爲之亦可。但不得先於刑事審理。爲附帶民事之審理。

- (二) 審理之次序。自應準用刑事訴訟法關於刑事審判之次序。即應由民事原告陳述案件要旨。申言之。即聲明應受判決事項。並陳述其原因事實。再使被告答辯。(參照刑訴法二七七、二七八)再行調查證據。然後入於辯論。並終結之。(參照刑訴法二八一、三〇〇)
- (四) 於刑事訴訟程序已經調查之證據。應解為毋庸於民事審理程序。再行調查。即其調查之結果。應解為亦可省略辯論。(參照刑訴法五一三、及日本刑訴法五八六)
- (五) 檢察官應解為於民事審理程序。毋庸出庭。但如出庭者。應解為得於當事人辯論完畢後陳述意見。(參照日本刑訴法五八八)
- (六) 當事人經傳喚無正当理由不到。或拒絕陳述。或因維持法庭秩序被命退庭者。得不待其陳述。逕行判決。(參照刑訴法三二〇、三二一、民訴條例四五七)
- (七) 附帶民事訴訟應與刑事訴訟同時判決。但有必要時。得於刑事訴訟判決後判決之。此為刑事訴訟法第五百零九條所明定。蓋以設此制度之本旨。即在節省勞力時間。避免裁判抵觸。自應以與刑事訴訟同時審理並判決為原則。但所謂同時判決。並非同一判決之義。民事與刑事仍應分離判決之為宜。
- (八) 法院認附帶民事訴訟為繁雜。應歸民事法院受理者。不問訴訟程度如何。得將附帶民事訴訟移

送該管民事法官。爲刑事訴訟法第五百十條所明定。此蓋以其本爲民事訴訟。若因其審理繁雜。（例如請求數額計算甚難之時）改歸民事法院審理爲宜者。則即在刑事法院已着手審理之後。亦得隨時移送。此移送仍屬訴訟程序。自應以裁定之形式爲之。但不得抗告。亦毋庸敘述理由。

（九）刑事訴訟論知無罪、免訴、或不受理之判決者。得將附帶民事訴訟移送該管民事法院審理。爲刑事訴訟法第五百十一條所規定。在此情形。刑事法院。如對於附帶民事訴訟已得爲裁判者。自得自爲裁判。法律乃就該訴訟不能由刑事法院自爲裁判之時着眼。申言之。刑事本應先於民事審理。既因有上述情形。而不能爲有罪之判決。則民事自以不進爲審理爲宜。故法律定明得移送民事法院。

（一〇）因犯罪發生之民事訴訟。由民事法院受理者。於刑事訴訟起訴後。判決確定前。應停止其訴訟程序。爲刑事訴訟法第五百十二條所明定。此蓋如後述。刑事判決。亦有拘束獨立民事訴訟之效力。故定明民事訴訟之原因事實。只須爲犯罪事實。而又已提起刑事訴訟者。則於其判決確定前。應停止其訴訟程序。以免裁判之抵觸。

（一一）刑事判決所認定之事實。以關於犯罪之證明及責任者爲限。有拘束附帶民事訴訟或獨立民事訴訟之效力。爲刑事訴訟法第五百十三條所明定。刑事判決所認定之事實。於民事訴訟亦爲請求原因時。民事判決應受其拘束否。立法上有二主義。在舊刑事訴訟條例施行前。前大連院判例。仍從一

般原則。解為民事法院與刑事法院各有獨立審判權。前者不受後者所為確定判決之拘束。舊刑事訴訟律亦然。惟舊刑事訴訟條例。則為反對規定。以關於犯罪之證明及責任為限。有拘束民事訴訟之效力。現行刑事訴訟法沿之。故依此規定。應解為只須刑事判決已就實體之犯罪有所裁判。不問其係諭知有罪或無罪。民事判決關於犯罪事實之認定。即應受其拘束。不得為反對之認定。當事人就此亦無庸另行舉證。蓋所以減少當事人之勞力時間。而防裁判抵觸。以維法院威信也。

### 第二節 上訴及抗告

第一 管轄法院。...

此應依刑事訴訟之管轄。...

第二 上訴及抗告之程式。...

此亦應準用刑事訴訟法。尤於期限為然。...

第三 上訴及抗告之審判。...

此亦應準用刑事訴訟法。...

### 刑事訴訟法通義終

...



# 條文索引

## 刑事訴訟法

條文數

主要頁數

條文數

主要頁數

一〇

二〇

一一

二六

二八

四二〇

二二

二六

三八

二一、五六至六六

二三

二七至二九

四二

二二

二四

二九、三〇

五六

三五

二五

三〇至三二

六五

三七

二六

三一

七四

四一、三七

一七

三一、三二

八二

三四、二五

一八

三三

九二

三三、二六

一九

三三

一〇

二六

二〇

三三

條文索引

二一	三四	三五	一四四、一四五
二二	三三、三五	三六	一四五至一四七
二三	三四、三五	三七	一四五
二四	四一至四五	三八	一四五
二五	四三	三九	一四六
二六	四五	四〇	一五〇、一五一
二七	四六	四一	一五一
二八	四七	四二	一五一
二九	四七、四八	四三	一五二
三〇	四八	四四	一五〇、一五二
三一	四八	四五	一五二、一五三
三二	四四	四六	一五三
三三	四九、五〇	四七	一五三
三四	五〇	四八	一五三

三三  
三二  
三一  
三〇  
二九  
二八  
二七  
二六  
二五  
二四  
二三  
二二  
二一

三三  
三二  
三一  
三〇  
二九  
二八  
二七  
二六  
二五  
二四  
二三  
二二  
二一

三四  
三五  
三六  
三七  
三八  
三九  
四〇  
四一  
四二  
四三  
四四  
四五  
四六  
四七  
四八  
四九  
五〇  
五一

三四  
三五  
三六  
三七  
三八  
三九  
四〇  
四一  
四二  
四三  
四四  
四五  
四六  
四七  
四八  
四九  
五〇  
五一

四九	一五四至一五七	六三四
五〇	一五七、一五八	六四三
五一	一〇〇、一五八	六五二
五二	一五八、一五九	六六一
五三	一六五、一六六、一五九	六七〇
五四	一五三、一五六	六八
五五	一六四、一五三、一五六	六九
五六	一五四、一五九	七〇
五七	一五六、一五七	七一
五八	一五四、一五六、一五九	七二
五九	一八五至一八六	七三
六〇	一八六	七四
六一	一八六	七五
六二	一八七	七六

一八七	一八七至一八九
一八九	一八〇至一六六
一六六	一六〇、一六六
一六二	一六一至一六二
一六二	一六二
一六三	一六三
一六八	一六八
一六九	一六八、一六九
一六五	一六五
一六五	一六五
一六六	一六六
一六六	一六六

七七	一六六	九一	二〇〇、二二〇
七八	一六五、一六六	九二	二〇〇、二〇一、二二〇
七九	一六七、一六八	九三	二〇〇、二〇一、二〇九
八〇	一六五、一六七	九四	一六八、二〇三
八一	一六四、一六六至一六七	九五	二〇一
八二	一六六、一六七	九六	二〇二、二〇三
八三	一六七、一六八	九七	二〇〇
八四	一六四、一六五、一六七	九八	二〇六、二〇七至二〇八
八五	一六四	九九	一六一至二〇八
八六	一六五、一六七、一六八	一〇〇	二〇六、二〇八
八七	一九八、二〇九	一〇一	二〇八至二〇九
八八	二〇〇、二〇九	一〇二	二一〇
八九	二〇〇、二一〇	一〇三	二一〇至二一四
九〇	二〇〇、二一〇	一〇四	二一四

一〇五	二六〇	一六九
一〇六	二〇五至二〇六	一三〇
一〇七	二六一	一三六
一〇八	二六二	一三三
一〇九	二六八、二六九	一三三
一一〇	二六二	一三四
一一一	二六二	一三五
一一二	二六二	一五六
一一三	二〇五、二〇七	一三七
一一四	二〇三、二〇五、二二三	一三八
一一五	二一四、二二五	一二九
一二六	二二三	一三〇
一二七	二二三	一三七
一二八	二二三至二二四、二二五	一三二

一七一至一七二	一七二	一七三
一七〇、一七二	七二	一七三
二二八至二二九	二二七	二二七
二二六、二二七	二二七	二二七
二二四至二二五	二二五	二二五
二二四	二二四	二二四

一三三	一七三	一四七
一三四	一七四	一四八
一三五	一七五	一四九
一三六	二四一七六	一五〇
一三七	二四一七六	一五一
一三八	一七六、一七七	一五二
一三九	一七八至一七九	一五三
一四〇	一七九	一五四
一四一	一八〇	一五五
一四二	一七八、一八〇	一五六
一四三	一八〇	一五七
一四四	一八一	一五八
一四五	二〇五至一八〇	一五九
一四六	一八〇	一六〇

一八〇	二二八至一八六
一八一	一八二至一八三
一八二	一七五、一八三
一八二	二二一、二二二
一八二	二二二、二二三
一八二	二二三、二三四
一八二	二三四
一八二	二四一、二四二
一八二	二四二

一六二	二二三	一七五	一七二
一六二	二三四	一七六	一七三
一六三	一三三至一三四	一七七	一七九
一六四	一三八至一三九	一七八	一八〇
一六五	六八、七〇	一七九	二四三
一六六	六九	一八〇	二四四、二五〇
一六七	七一	一八一	二五一
一六八	八二至八四	一八二	二四四、二五四
一六九	一六六、六九	一八三	一一三、一五二至二五四
一七〇	六七、六八	一八四	二五六
一七一	六七、六八	一八五	二五八
一七二	六八	一八六	二六〇
一七三	六九	一八七	二六〇
一七四	六九	一八八	一〇八







二四五

三〇三至三〇四

二五九

三二七、三二九

二四六

六〇三〇五

二六〇

三二〇至三二七、三二九

二四七

六〇三〇五

二六一

三〇四、三二二

二四八

三〇五至三〇六

二六一

三二二至三二三

二四九

三〇六

二六三

三二三

二五〇

三〇七

二六四

三二四

二五一

二八六三〇七

二六五

三二五

二五二

二八五三〇八

二六六

三二二

二五三

五六、三〇八

二六七

三二二

二五四

三〇二

二六八

三二二

二五五

二八八至二八八三〇九

二六九

三二三

二五六

三〇九

二七〇

三二四至三二五

二五七

三〇〇

二七一

三二五

二五八

三一一至三一二

二七二

三二六

二七三

三二五

二八七

三三五

二七四

三二五

二八八

三三五

二七五

三二八

二八九

三三五

二七六

三二六

二九〇

三三六

二七七

三三〇

二九一

三三六

二七八

三三一

二九二

三三七

二七九

三三一

二九三

三三七

二八〇

三三一至三三二

二九四

三三七

二八一

三三二

二九五

三三八

二八二

三三二至三三三

二九六

三四一

二八三

三三三

二九七

三四一

二八四

三三三

二九八

三三八至三三九

二八五

三三四

二九九

三四二

二八六

三三五

三〇〇

三四九

條文索引

三〇一	三四〇	三一五	三五〇
三〇二	三四〇	三一六	三五二
三〇三	三四三	三一七	三五二
三〇四	三四三至三四四	三一八	三五二
三〇五	三四五至三四六	三一九	三五〇
三〇六	三四五	三二〇	三四九
三〇七	三四六	三二一	三五三至三五四
三〇八	三四七	三二二	三五五
三〇九	二五七、三五七	三二三	三五五至三五六
三一〇	三五八	三二四	三五六至三五七
三一一	三二六、三五八	三二五	三五七至三五八
三一二	三五九	三二六	三五八
三二三	三五九至三六〇	三二七	三五八
三二四	三六〇	三二八	三六〇

三二九

三六〇至三六一

三四三

三七〇、三七

三三〇

三六一

三四四

三七一至三七二

三三一

三六一至三六二

三四五

三七二

三三二

三六三

三四六

三七二

三三三

三六三至三六四

三四七

三七三

三三四

三六四

三四八

三七四

三三五

三六五

三四九

三七三

三三六

三六五

三五〇

三七四

三三七

三六七、三六八、三六九

三五一

三七二

三三八

三六八

三五二

三七五

三三九

三六九

三五三

三七六

三四〇

三七〇

三五四

三七六

三四一

三六九、三七〇

三五五

三七五、三七六

三四二

三六八、三七〇

三五六

三七五、三七六

三五七	三六九、三七六	三七六	三八七至三八八
三五八	三七八至三八〇	三七二	三三九
三五九	三八〇	三七三	三八八
三六〇	三八〇	三七四	三八八
三六六	三七九	三七五	三九〇
三六二	三六八、三八一	三七六	三九〇
三六三	三八二	三七七	三九一
三六四	三八二	三七八	三九一
三六五	三八三	三七九	三八九
三六六	三八五	三八〇	三九二
三六七	三八七	三八一	三九二
三六八	三八六	三八二	三九三
三六九	三八六	三八二	三九三
三七〇	三八九	三八四	三九四

三八五

三九四至三九五

三九九

四〇六

三八六

三九八

四〇〇

三九七、四〇九

三八七

三九八

四〇一

三九七、四〇七至四〇八

三八八

三九八

四〇二

四〇八

三八九

三九六、三九八

四〇三

四〇八

三九〇

三九九

四〇四

三九七、四〇八

三九一

三九九至四〇三

四〇五

三九六、四〇六至四〇七

三九二

四〇三

四〇六

三九七、四〇七、四〇九

三九三

三九九

四〇七

四〇九

三九四

四〇四

四〇八

四〇九

三九五

四〇四

四〇九

四一〇

三九六

四〇五

四一〇

三九七、四一一、四一三

三九七

四〇五

四一一

四一二

三九八

四〇五

四一二

四一三





四四一

四四二

四四三

四四四

四四五

四四六

四四七

四四八

四四九

四五〇

四五一

四五二

四五三

四五四

條文索引

四二九至四三一

四三一至四三二

四三一、四三二

四三二

四三三

四三四

四三五

四三六

四三五

四三七

四三五、四三七

四三八

四二八至四三九

四三九

四五五

四五六

四五七

四五八

四五九

四六〇

四六一

四六二

四六三

四六四

四六五

四六六

四六七

四六八

四三九

四二七、四四〇

四四〇

四四一

四四一

四四一

四四二、四四三、四四四

四四三

四四三至四四四

四四四

四四四

四四四

四四五

四四五

四六九

四七〇

四七一

四七二

四七三

四七四

四七五

四七六

四七七

四七八

四七九

四八〇

四八一

四八二

四四五

四四五

四四五

四四六

四四六

四四六

四四七

四四六

四四六

四六八

四六八

四六八

四六九

四六九

四六九

四八三

四八四

四八五

四八六

四八七

四八八

四八九

四九〇

四九一

四九二

四九三

四九四

四九五

四九六

四六九

四六九至四七〇

四七〇

四七〇

四七〇至四七一

四七一

一五六至一五七、四七一

一五七、四七一

四七一

四七二

四七二

四七二

四七二

四七二

四七三

四九七	四七三	五〇六	四八一
四九八	四七三	五〇七	四八二、四八三
四九九	四七四	五〇八	四八〇、四八五
五〇〇	四七四	五〇九	四八八
五〇一	四七四	五一〇	四八八
五〇二	四七四	五一一	四八六、四八九
五〇三	四七五	五二二	四八九
五〇四	四七五	五二三	四八八、四八九
五〇五	四七五	三〇	四八八

縣知事審理訴訟暫行章程

條數 主要頁數 條數 主要頁數

一	四四八	四	四四九
二	四四八	五	四四九
三	四四八	六	四四九至四五〇

條文索引

七

四五〇

二五

四五七

八

四五〇

二六

四五七

九

四五〇

二七

四五七

一〇

四五

二八

四五八

一一

一 雜取事案彙編 四五〇至四五二

二九

四五八

一二

四五

三〇

四五八

一三

四五

三一

四五八、四五九

一四

四五

三二

四五九

一五

四五

三三

四五九

一六

四五

三四

四五九

一七

四五

三五

四五九

一八

四五

三六

四五九

一九

四五

三七

四五九

二〇

四五

三八

四五九

二一

四五

三九

四五九

二二

四五

四〇

四五九

修正覆判暫行條例

條數

主要頁數

一

四六〇至四六一

二

四六一至四六二

三

四六二

四

四六〇至四六三

五

四六三

六

四六四

七

四六三

八

四六三

法院編制法

條數

主要頁數

五

二二三

六

二二三

十一

四六四

條數

主要頁數

九

四六四

一〇

四六四

一一

四六五

一二

四六五

一三

四六五

一四

四六五

一五

四六一

一六

四六五

條數

主要頁數

七

二二三

八

二二三

一一	二四	五八	一一、二五八、三六二、四〇二
一九	二四三	五九	三二八
二〇	三五二五	六〇	一一、三二八
二七	二四三	六一	一一、二〇一、三二八、三五九
二八	四二五	六二	三二八、三五九
三二	四四二	六三	三二八
三五	四四二	六四	三二八
三六	二四三	六五	一一、三二八、三五九
四二	四六〇至二二八	六六	三二八
四五	四四二	六七	三二八
五四	四六一至三二四	六八	三二八
五五	一一二至二五八、四〇〇	六九	一〇〇、一〇一
五六	三三四、三二八、三四三、四〇〇	七〇	一〇〇、一〇二
五七	三二八	七一	一〇〇、一〇二、一一〇

七四	二四八	一〇七	三九
七九	二四八	一〇八	三九
八五	六一	一〇九	三九
八六	六一	一一〇	三九
九〇	五五、二七七	一一一	三九
九二	六二	一一二	三九
九三	五四、六二	一一八	三九
九四	五八、六一、二七六、二七七	一一九	三九
九五	五八	一二〇	三九
九八	五八、二七七	一二八	八八、八九、一〇八、一一四
九九	六一	一三三	一〇八、一一四
一〇〇	六一	一三七	一〇八、三六三
一〇四	六〇、二七七	一三九	三九

條文索引

一四二

一四八

一五四

六〇一五〇

三九

五二、五三

一五五

一五六

五三

五二、五三、五四



