

編彙學法

義通法訟訴事刑

法學彙編

馮涵清



康德四年一月出版

刑事訴訟法通義 全一冊

出版者 法學研究會

印刷者 福文洪印書局

新 京 北 大 街

電 話 二、二六三八番

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故本書有參引民事訴訟條例之條文

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 本書務就研究對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(一三二)者爲第十三條第一款(八一)者爲第八條第一款(三六二)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
中尾芳助 刑事訴訟法指歸

- 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 刑事訴訟法玄義
- 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 平沼驥一郎 新刑事訴訟法大意

丙 西文

1. Harris, principles of criminal law
2. Kenny, outlines of criminal law
3. Rosenthal, Der Reichsstrafprozess

4. Birkmeyer, Deutsches Strafprozessrecht
5. Lowe, Strafprozessordnung
6. Graf zu Dohna, Das Straferfahren
7. Ganand, précis de droit eriminal
8. Vidal, cours de droit eriminal
9. Roux, cours de droit penal et de procedure penale

刑事訴訟法通義目錄

緒論

第一章 刑事訴訟概論

第一節 刑事訴訟之意義

第二節 刑事訴訟之種類

第三節 刑事訴訟之主義

第二章 刑事訴訟法概論

第一節 刑事訴訟法之意義

第二節 刑事訴訟法之地位

第三節 刑事訴訟法之淵源

第四節 刑事訴訟法之效力

第五節 刑事訴訟法之示例

第六節 刑事訴訟法之解釋

目錄

本論

二二

上部 總論

二二

第一編 訴訟主體

二二

第一章 法院

二二

第一節 概說

二二

第二節 法院之管轄

二二

第一款 概說

二二

第二款 職務管轄

二三

第三款 事物管轄

二四

第四款 土地管轄

二六

第五款 管轄之合併

二八

第六款 管轄之指定

三一

第七款 管轄之移轉

三三

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 法律上之輔助

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

目錄

三四

三七

三七

三八

四七

五〇

五二

五二

五二

五九

六〇

六三

六三

七六

第二編 訴訟程序

第一章 總論

第一節 訴訟行爲

第一欸 訴訟行爲之觀念

第二欸 訴訟行爲之種類

第三欸 訴訟行爲之效力

第四欸 訴訟行爲之代理

第五欸 訴訟行爲之程式

第一項 用語

第二項 文件

第三項 送達

第六欸 訴訟行爲之時間

第一項 概說

第二項 日期

八二

八二

八二

八二

八四

八九

九四

九六

九六

九九

一一〇

一一七

一一七

一一八

第三項 期限

一三三

第七款 訴訟行為之處所

一三八

第二節 訴訟關係

一二九

第三節 訴訟標的

一三一

第四節 訴訟要件

一三二

第五節 訴訟資料

一三四

第二章 被告之傳喚

一三八

第三章 強制處分

一四三

第一節 概說

一四三

第二節 被告之拘提逮捕通緝

一四四

第一款 拘提

一四四

第二款 逮捕

一四八

第三款 通緝

一五二

第三節 被告之羈押及其停止撤銷

一五四

目 錄

第一款 羈押

一五四

第二款 羈押之停止

一五八

第一項 具保

一五八

第二項 責付及限制住居

一六一

第三款 羈押之撤銷

一六二

第四節 扣押及搜索

一六四

第一款 扣押

一六四

第二款 搜索

一七一

第四章 被告之訊問

一七六

第五章 證據

一八二

第一節 總論

一八二

第一款 證據之意義

一八二

第二款 舉證

一八三

第三款 證明與釋明

一八四

第四款 證據之種類

一八五

第五款 證據之客體

一八六

第六款 不須證據之事實

一八六

第七款 證據之判斷

一八八

第二節 被告

一八九

第三節 證人

一八九

第四節 鑑定人及通譯

二二三

第一款 鑑定人

二二三

第二款 通譯

二二〇

第五節 勘驗

二二〇

第六節 證書

二二六

第六章 裁判

二二三

第一節 裁判之意義

二二三

第二節 裁判之種類

二三四

目錄

第三節 裁判之成立

二三七

第四節 裁判之程式

二四〇

第五節 裁判之諭知(宣告及送達)

二四六

第一款 概論

二四六

第二款 宣告

二四七

第三款 送達

二五一

第六節 裁判之確定

二五二

第七節 裁判之效力

二五四

下部 各論

二五八

第一編 第一審

二五八

第一章 公訴

二五八

第一節 總論

二五九

第一款 公訴之意義

二五九

第二款 公訴之目的

二五九

第三款 公訴權之性質

二六〇

第四款 公訴權之發生

二六一

第五款 公訴權之消滅

二六一

第二節 偵查

二六四

第一款 總論

二六四

第一項 偵查之意義

二六四

第二項 偵查之目的

二六五

第三項 偵查權

二六六

第四項 偵查程序

二六六

第五項 偵查機關

二六七

第二款 偵查之端緒

二七一

第一項 概說

二七一

第二項 告訴

二七二

第三項 告發

二八四

第四項 自首

二八五

第三款 偵查之實施

二八六

第一項 檢察官之實施

二八六

第二項 輔助機關之實施

二九一

第四款 偵查之終結

二九一

第一項 概說

二九一

第二項 終結程序之種類

二九二

第三節 起訴

第一款 起訴之意義

二九九

第二款 起訴之條件

二九九

第三款 起訴之程序

三〇一

第四款 起訴與他罪或民事之關係

三〇一

第五款 起訴之撤回

三〇三

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 審判程序

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

三〇五

三〇八

三〇九

三一〇

三一〇

三一三

三一三

三一七

三一七

三一七

三二八

三三一

三三二

三三二

第九項 審判之停止

三三四

第十項 審判之繼續

三三五

第五款 判決程序

三三六

第一項 判決之條件

三三六

第二項 判決之範圍

三三七

第三項 判決之種類

三三八

第四項 判決之程式

三四一

第五項 判決之諭知

三四五

第六項 判決不待被告陳述之情形

三四六

第七項 判決與民事法律關係

三四七

第八項 判決與羈押及扣押之關係

三四八

第六款 審判筆錄

三四九

第二章 自訴

三五三

第一節 自訴之意義

三五三

第二節 自訴之主體

三五五

第三節 自訴之條件

三五六

第四節 自訴之程式

三五七

第五節 自訴之效力

三五七

第六節 自訴之審判

三五八

第七節 自訴之撤回

三六〇

第八節 自訴之承受及擔當

三六二

第九節 反訴

三六二

第二編 上訴

三六四

第一章 總論

三六四

第一節 上訴之意義

三六四

第二節 上訴之主體

三六六

第三節 上訴之範圍

三六八

第四節 上訴之程式

三六九

第五節 上訴之效力

三七一

第六節 上訴之捨棄及撤回

三七二

第二章 第二審程序

第一節 第二審之性質

三七六

第二節 第二審上訴之提起

三七七

第三節 第二審審判前之程序

三七七

第四節 第二審審判之範圍

三七八

第五節 第二審之審理

三七九

第六節 第二審之判決

三八〇

第三章 第三審程序

第一節 第三審之性質

三八三

第二節 第三審上訴之提起

三八四

第三節 第三審上訴之理由

三八五

第四節 第三審審判前之程序

三九〇

第五節 第三審審判之範圍

三九二

第六節 第三審之審理

三九四

第七節 第三審之判決

三九五

第三編 抗告

四〇一

第一章 抗告之意義

四〇一

第二章 抗告之主體

四〇一

第三章 抗告之客體

四〇一

第四章 抗告之程式

四〇二

第五章 抗告之效力

四〇三

第六章 抗告之裁判

四〇四

第一節 原審法院之裁判

四〇四

第二節 抗告法院之裁判

四〇五

第七章 再抗告

四〇六

第八章 準抗告

四〇七

第四編 非常上訴

第一章 非常上訴之意義

第二章 非常上訴之提起

第一節 提起之主體

第二節 提起之程式

第三節 提起之效力

第三章 非常上訴之審判

第五編 再審

第一章 再審之意義

第二章 再審之客體

第三章 再審之原因

第四章 再審之提起

第一節 提起之時期

第二節 再審之管轄

四〇七

四〇七

四〇九

四〇九

四〇九

四一〇

四一〇

四二二

四二二

四一四

四一四

四一八

四一八

四一八

第三節 提起之主體

四一九

第四節 提起之程式

四二一

第五節 提起之效力

四二三

第六節 再審之撤回

四二二

第五章 再審之審判

四二三

第六編 特別程序

四二六

第一章 概說

四二七

第二章 簡易程序

四二七

第三章 兼理訴訟程序

四三二

第四章 覆判程序

四四五

第七編 執行程序

四五〇

第八編 附帶民事訴訟

四六〇

第一章 總論

四六一

第一節	附帶民事訴訟之觀念	四六一
第二節	附帶民事訴訟之訴權	四六三
第三節	附帶民事訴訟之主體	四六五
第四節	附帶民事訴訟之客體	四六六
第五節	附帶民事訴訟應適用之法律	四六七
第二章	訴訟程序	四六九
第一節	起訴	四六九
第二節	審判	四七〇
第三節	上訴及抗告	四七四

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

第一意義爲刑事之訴 (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卽本於訴權以求國家刑罰權之實行蓋國家於犯罪發生時雖卽有刑罰權但多數立法例均守不告不理之原則 (ne iudex procedat ex officio) 將處罰與追訴分爲二事必先有追訴而後能處罰爲追訴之權稱曰起訴權 (Klagerecht) 刑事訴訟法乃以之分界於檢察官及被害人 (三、二五三、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) 刑事訴訟卽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

爲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周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推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(Beklagter)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

第三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 Staatlichen Strafanspruchs nach Exi-stenz 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(五〇七一)

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為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

刑事訴訟法通義

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爲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爲原則其得依略式程序審判者全屬例外也

第三節 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爲糾問主義 (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

告劾主義又有三種 (一) 國家追訴主義 (Staatsklageprinzip) 卽由檢察官獨占公訴權 (Staatsanwaltschaftliches Anklagemonopol) 也 (二) 被害人追訴主義 (Privatklageprinzip) 卽許被害人得逕向法院起

訴也(三)一般追訴主義(Popularlagprinzip)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列外(二五三、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採何主意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)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二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爲擴大

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

認爲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爲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) 與此對立者爲處分主義 (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爲原則故關於訴訟標的不許當事人爲捨棄認諾和解減縮(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)告訴乃論之罪告訴權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(二一九後詳)(二)公訴得於第一審審判開始前撤回(二六四一)(三)自訴得於第一審辯論終結前撤回(三四七一、II)(四)得捨棄上訴權(三六六)並得於裁判前撤回上訴(三六七)(註三)

註一 民訴條例四五五、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 告訴或請求乃論之罪捨棄或撤回告訴或論求並撤回自訴及撤回公訴均足爲起訴權消滅之原因
(二一九II、三四七III、二六四II、二四二五、二一五III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 (Parteilengleichheitsprinzip) 云者謂自訴訟程序開始以後至終結爲止兩造當事人之地
位平等也與此對立者爲當事人平等主義 (Parteienungleichheitsprinzip) 當事人平等主義云者謂
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

在告劾主義下之當事人自以採當事人平等主義爲宜故刑事訴訟法亦係以此原則原告及被告於審判時
各得平等盡其攻擊或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)凡此均爲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、一七一)且於訊問辯論及調查證據時特爲規定與以種種使
利(六〇、六三、二九八、三〇一、三〇二等)凡此又爲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爲當事人

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 (Formalwahrheitsforschungsprinzip) 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)審判日期非常事人出庭不得審判(二七〇Ⅲ、二七一)(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(二五六)(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)偵查筆錄亦得爲證據(二七九、二八五、二八九、二九二參照)(四)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(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)最重本刑爲拘役或專科罰金之案件被告經傳喚無正當理由不到者得不待其陳述逕行判決(三一)(七)上訴案件被告經傳喚無正當理由不到庭者亦得不待其陳述逕行判決(三二二)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)云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爲裁判之基礎也在此主義凡爲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)與此主義對立者爲書狀審理主義(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爲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爲原則
 (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爲之(四〇一一)(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爲之判決是也至於裁定程序則以多與實體之刑罰無關故以採書狀審理
 主義爲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也(註)

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(Freibeweiswurdigungsprinzip)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爲法定證據主義(Gesetzlichbeweiswurdigungsprin-
 zip)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爲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)須法律上得爲證據者始得調查故如風聞謠傳等於法律上不得

爲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爲證言採用(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(Fa-
rungsatz)以爲合理之推斷否則即爲違背證據法則亦屬違背法令得爲第三審上訴之理由

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處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 (Parteioffentlichkeit) 又有許一般人在場者稱曰公衆公開 (Volksoffentlichkeit) 通常所謂公開乃指後者與此對立者稱曰審判密行主義 (Heimlichkeitsprinzip) 審判密行主義云者謂法院將其審判秘密行之不許他人傍聽或蒞視也審判公開與密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爲優故現時文明國家均於憲法及法院編制法標明採用前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爲違背法令得爲第三審上訴之理由(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(二三七)丙裁判之評議(法編法七五)均無適用

(二) 法院得決議停止公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) 審判長於下列諸人將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爲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 豫審制度

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奧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非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編制法解釋仍爲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爲法律審制或並爲事實審制之種種我國現時刑事訴訟法仍係以三審制爲原則且第三審法院亦完全爲法律審

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爲陪審制 (Jury, Schwurgericht) 與參審制 (Schoffengericht) 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爲事實上之判斷後者則係由參審員 (Schoffen) 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尙非所宜也

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規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苟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

單稱國家命名爲刑事訴訟法之法典爲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

第二節 刑事訴訟法之地位

第一 刑事訴訟法爲公法

法律分爲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(Polizeirecht)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係規定司法權之實施者固大不相同但司法行政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爲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

我國舊日民刑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刑事訴訟合併規定嗣後起草之訴訟律草案民刑事訴訟始各爲一典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舊司法部呈准援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尙會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爲實質意義之刑事訴訟法者其種類尙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 特別刑事法令刑等計算標準條例 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

刑事訴訟法通義

刑事訴訟法能適用者僅以通常刑事訴訟爲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

刑事訴訟法係規定刑罰權之實施程序故應依屬地主義而於（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能在國內執行且該罪尙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固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 刑事訴訟法之法律

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¹⁶）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卽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繙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

訟法所稱之法院卽此義也(法院編制法則稱曰審判衙門)若從此義則其種類爲獨任推事及合議庭其組織之職員獨任推事爲推事一員合議庭爲推事三員或五員(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)者卽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爲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迅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(參照四二七一)

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務管轄(Sachliche Zuständigkeit)有因於土地之關係者稱曰土地管轄(örtliche 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—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（三一八六）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一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告之案件依下級法院之不同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

第三款 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 最重本刑爲三年以下有期徒刑拘役或專科罰金之罪但刑法第一百三十五條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三百條之傷害罪不在此限

二 刑法第二百零二條之公共危險罪

三 刑法第二百七十一條及第二百七十三條之鴉片罪

四 刑法第二百九十三條第一項之傷害罪

五 刑法第三百三十七條之竊盜罪

六 刑法第三百五十六條之侵占罪

七 刑法第三百六十三條之詐欺及背信罪

八 刑法第三百七十六條第二項之贓物罪

第二 地方法院之事物管轄

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 卽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爲明白規定如次(一一)

一、(一一)

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 (Gerichtsprerenge) 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 (Gerichtsstand) 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居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 應以未遂之行爲地及未遂之結果地爲其犯罪地

五 豫備犯 應以豫備行爲地爲其犯罪地

六 陰謀犯 應以陰謀行爲地爲其犯罪地

七 不作爲犯 應以不作爲地及應作爲地爲其犯罪地

第二 住所或居所地之審判籍

住所居所應從民法上之意義卽住民法第一編第二十條第一項已有明文規定卽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卽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滯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尙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爲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卽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爲審判籍者蓋爲此際多難定犯罪地並於偵查及調查證據較爲便利故也故學者又謂此等地爲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 牽連案件大別之可爲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僞證罪贓物罪者 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（一七一）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得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（一五Ⅲ、一七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即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(二〇)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) 二以上之同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) 二以上之同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為之(二〇)

(四) 指定管轄無論係依請求或依職權均應以裁定為之(二三)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)但聲請指定而認其為不合法或無理由時則應為駁回之

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(參照二二二、二二九)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(參照四二二)

第二 移轉管轄之原因 有左列原因之一者應移轉管轄(二二)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組織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(註同前款第三一)

(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爲之(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爲之(二三)

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)且認爲無管轄權時亦應依職權得適當之處置不能爲當事人之意思所拘束

第二 關於刑事之管轄規定均爲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(一五一、II、一七一、II、一三二)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、二二)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)

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(三一九)

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(二二二、三一九)時其以前在偵查或審判中所為之各訴訟行為並不因之失效尤於強制處分為然(例如羈押扣押)又保存此各項行為之筆錄如被告訊問筆錄調查證據筆錄審判筆錄等亦可證為據(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為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為必要之處分(七)此示明法院對於其緊屬中之

案件認為無管轄權時固應諭知管轄錯誤及移送之判決通常不得更為其他之審理但如遇有急迫情形仍應於其管轄區內為必要之處分例如強制處分或其他調查證據之處分仍應為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為之治條雖僅就法院規定檢察官及受命推事目亦應準用(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 法院認為管轄錯誤或有管轄權係不當者得為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為理由而上訴(三七六)

(二) 得為第三審上訴理由僅以法院所認事物管轄之有無係不當者為限(三九一五)

第十二 法院於判決前關於管轄所為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為有管轄權係不當者如第二審法院有第一審管轄權應為第一審審判(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)又認原審判決認為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案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問題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條等是也至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足爲上訴或非常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爲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爲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爲以爲判決僅得爲上訴或非常上訴之理由在未經撤銷以前仍屬有效(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遵迴避規定則其訴訟程序爲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爲判決

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爲正當或經該推事認爲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爲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

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 推事爲被害人者 所謂被害人乃指因現所審理之犯罪行爲直接受損害之人本款則須推事本人爲被害人故雖會由被告直接侵害法益而非由於現所審理之犯罪行爲或現所審理之犯罪行爲僅係間接侵害其法益例如被告侵佔公司財產推事亦爲股東之時均不能謂爲被害人也

乙 推事爲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爲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爲迴避原因爲宜

丙 推事爲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 推事爲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爲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特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除第九十九條第

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(參照二一九)雖未規定仍得類推解釋適用本款

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、二)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爲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爲判決而現在上級審所審判者爲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(上訴僅爲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爲自均不得爲之但宣告裁判僅屬公開審判之一形式尙未參與該裁判之審理及評議(參照三二六)自仍爲參與

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(二七一)故只須該推事尙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爲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(1)管轄聲請迴避之法院若認推事有此原因者應依職權爲迴避之裁定(三三三)(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爲撤銷及發回或發交之裁判

註 此項裁定僅爲內部程序故毋庸依通常規定(一八七)送達於當事人(三二四)且毋庸敘述理由亦不得抗告(二八二、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爲均屬違法故其審理或調查之結果不得以爲裁判之基礎但其所爲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經撤銷以前仍屬有效(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(三二一)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(三二五)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首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(五〇七五)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、三三八一)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(二七五)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(二七五)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會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爲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獨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(參照二一九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為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(二八Ⅲ)

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爲否則為違法本於該行爲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爲而言若終結案件之行爲當然不得為之

(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苟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推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

第三款 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剔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遽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—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譯官而言由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 檢察官及察檢處書記官之迴避

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爲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(例如二四八三)

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爲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爲一問題

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)本身或其家屬爲當事人或被害人時 (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)於本案爲訴訟代理人或曾爲訴訟代理人時 (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、二)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由關於其機關並無限制故受訴法院無論

囑託何級由院共助均可他法院受囑託時其共助行為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為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廳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爲限

(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爲限

法院檢察處或書記官爲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爲囑託時是否有效不無問題以解爲有效爲宜

第二章 當事人

第一節 原告

第一款 檢察

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) 檢察官係代表國家爲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爲種種處分後述各項其最著者

1 被告之傳喚拘提羈押訊問(三五、四四、六七、二三〇)但在羈押於發押票後應陳明羈押理由於首席檢察官(六三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、二三〇)

3 鑑定人之選定傳喚訊問(一一七、二三〇)

4 扣押及搜索(一三八、一四二、二三〇)

5 勘驗(一五六II、二三〇)

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爲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I、三四三II)

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爲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III)

2 於審判時爲陳述及辯論(二七七、三〇〇)

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I、四三三、四四六I、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爲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爲有利於被告之必要處分

丙 就事實及法律爲辯論時(三〇〇)有利於被告之事項亦應爲陳述故對於被告並可主張諭知無罪
緩刑減輕或免除其刑及免訴不受理管轄錯誤之判決

丁 爲被告利益亦得提起上訴再審或非常上訴(三五八、四四六一、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、四九二)

乙 執行死刑應由檢察官蒞視(四八二)

丙 執行時之傳票及捕票應由檢察官發之(四八七、四八九)

丁 沒收或扣押之物件應由檢察官爲一定處分(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、四九八)

己、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)

乙 不罪預行捨棄上訴權但上訴之捨棄及撤回仍得爲之(三六六、三六七)

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 (Einheitlichkeit und Unbarkeit des Staatswaltschaft) 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(九八工)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（Anweisungsrecht）惟此項命令純爲檢察處內部之關係檢察官職務上之行爲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方法院無審究其行爲否遵守命令之必要

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

刑事訴訟法通義

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一百零一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爲獨立之機關(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廳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十九條第一百條之例外而已

乙 事務管轄 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爲之行為自訴人均得爲之（參照三四六、三五八、四一四、四四七）惟爲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爲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

刑事被告乃爲原告檢察官或自訴人之對手人而爲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（四一四、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有何種訴訟程序也

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（參照二五三下）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（參照二一九二）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說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 (Parteilahigkeit)

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仍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爲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爲訴訟行爲之能力而言刑事訴訟法亦無明文規定不能與民事訴訟法爲同一解釋應解爲有意思能力者即有訴訟能力蓋有意思能力者即得爲事實上之行爲亦得爲訴訟行爲故也（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(三〇五下)無責任能力者則應為不起訴之處分(二四四³)如經起訴則應諭知無罪之判決(三一六)

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識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(三〇五下)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(參照日本刑訴法二七)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(註一)又法人解散尚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爲被告之時如有法定代理人或代表人檢察官偵查時卽得就該代理人或代表人訊問提起公訴時亦得指名之爲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爲其特別代理人至其有正式代理人爲止執行任務(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)卽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應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卽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得訴訟活動之主義(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獨曰強制辯護(Notwendige Verteidigung)此項案件依刑事訴訟法所定有二種即最輕本刑爲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(Nichtnotwendige Verteidigung)(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爲訴訟條件(三九一9)故在審判如未經辯護人出庭而逕行審判則審判程序爲違法所爲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爲發生者稱曰選任辯護此項行爲稱曰選任此項辯護人稱曰選任辯護人(Wahlverteidiger, od. gewalte Verteidiger)辯護關係由審判長之行爲發生者稱曰指定辯護此項行爲稱曰指定此項辯護人稱曰指定辯護人(Bestellte Verteidiger)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管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 依刑訴法一七二規定如未經選任律師爲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爲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(四〇一二)故第三審行辯論時不得以非律師充辯護人也

(三) 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(Merfache 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爲限指定辯護人通常自皆每一被告一人如認爲必要指定二人以上固亦非法律所禁止但應解爲應準用選任之規定只以三人爲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爲例示規定而已

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事解釋在同一訴訟程序不得爲之

第三 選任及指定行爲

(一) 選任行爲

甲 行爲之性質

選任行爲以其能發生刑事訴訟法上之效力自爲訴訟行爲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爲委任契約但爲無名契約或單獨授權行爲及其他法律關係亦無不可

乙 行爲能力

選任既爲訴訟行爲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爲之民法關於行爲能力及同意允許各規定均無適用故被告雖爲未成年人禁治產人或妻亦得在訴訟法上爲完全有效之選任行爲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爲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爲能力人

或限制行為能力人所爲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得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敘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 辯護人乃爲被告之保護人其爲訴訟行爲均係於保護人之關係爲之並非於代理人之關係爲之故其行使訴訟法上之權利不問係爲其所固有抑係爲被告所有而代爲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爲之余謂辯護人本爲獨立活動之主體雖係行使被告權利除有明文外應解爲得獨立爲之

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含有爲被告所不能所有者亦有爲被告所能所有者辯護人得獨立行使爲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（一七六）此亦為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為該各行為之虞者始可又接見或通信應遵押所規則自不待言

c 受通知審判日期之權（二六五、二六八）此不問為任意辯護或強制辯護未依法通知審判日期即為違法

於審判日期出庭及辯論之權（參照二九一、三〇〇、三〇三）此亦不問為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為審判必要條件又受命推事訊問被告調查證據（二九七）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 此即本爲被告所有之權利辯護人得代爲行使者辯護人雖非被告之代理人但既

爲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 聲請傳訊證人及爲其他證據調查之權(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爲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(四一四1)

j 聲請撤銷或變更處分之權(四二七1)

k 提起再審之權(四四六2)

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爲其權利但一面亦爲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者間雖不無議論但以解爲應負此義務爲是且在強制辯護被告尙不得捨棄該辯護人到場或出庭之利益雖曾爲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爲被告利益以爲防禦已如前述故辯護一面爲辯護人之權利一面亦爲其義務盡此義務之手段雖因案件而異然大致不外二種(一)由實體法上理由以期法院爲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爲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爲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、二二)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)或藉口檢閱鈔錄案宗妨害訴訟進行或教唆被告逃亡否認自白串造僞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漏洩(參照九九)

6 辯護人如為律師者律師章程第五章尙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爲限是否有效易言之即選任應否每審級分別爲之雖有此表示至上級審尚須另爲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爲之新刑事訴訟法第四十條第一項且定爲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爲之自不能爲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爲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爲訴訟行爲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尙得存續已如前述至撤銷爲原有指定權人之職權只須爲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

第二款 輔佐人及代理人

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爲被告所爲爲之一切防禦行爲只限於陳述意見(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據證方法或就證據爲辯解(參照六三、二八四)但不以此爲限即在審判程序外陳述意見亦無不可只須係向法院爲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爲限即以書狀爲之亦可且應解爲得獨立爲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爲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能以爲裁判之基礎(註二)

註一 但刑事訴訟律第六十二條係定輔佐人得獨立爲被告所得爲之訴訟行爲日本新刑事訴訟法第四百七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四百九條及其修正草案第四百五十條定爲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(三五九、四三二)互相參酌自應廣義解釋只須係向法院爲被告辯護即審判日期外之陳述亦得爲之

註二 民事訴訟條例第九十五條雖規定輔佐人得爲當事人在言詞辯論日期所得爲之訴訟行爲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卽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此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論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卽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記官記明筆錄或隨後補具委任自亦得認爲在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

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(二七二但書)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）故舍訴訟程序即無刑事訴訟舍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觀念並其共通之原則

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為相當故學者稱此行為爲訴訟法上之法律行為 (Rechtsgeschalt) 又稱曰狹義之訴訟行為又以其係以意思表示爲要素故有時單稱曰意思表示 (Willenserklärung) 此種行為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為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為學者統稱曰法律的行為 (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為法律行為不過爲合法行為之一種以外尙有事實行為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為不同者後者又稱曰違法行為爲證人無正當理由而拒絕具結或證言之行為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 (一一三二) 又刑事訴訟行為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為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為 (註)

註 刑事訴訟法學者通說均謂證言或鑑定亦爲訴訟行為

民事訴訟行為中如和解抵銷撤銷等本爲民法上之法律行為迨其於訴訟上爲之始爲訴訟行為者此項行為

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(參照諸論及下部)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

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(Entscheidungen)爲主但因達裁判之目的尙有種種附隨之行爲其中最要者首爲審理(Untersuchungshandlung)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 (Beweishaftigkeit 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Ⅱ、三七八Ⅱ等)保存并送交證據物件(參照二五八Ⅱ、三七八Ⅱ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

刑事訴訟法通義

在民事訴訟因採辯論主義凡爲本案判決基礎之訴訟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、四〇五下）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原則亦應本於當事人之辯論爲之（參照一八〇下）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不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（三六一、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、三七八下、二、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（三四八下、三四九、三五一）

當事人爲訴訟行爲之形式不外二種即聲明與陳述是也（參照二七下）分述之於次

甲 聲明

聲明者請求法院（審判長受命推事或檢察官準此）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（如六四四）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Ⅱ、三三一—5 6 10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（二八四）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（參照三三一—5、一八〇）蓋以刑事訴訟法原就審判程序設有

階段辯論乃在警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（六一、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為訴訟行為者外（參照四一五²）其證言及鑑定不能謂為嚴格意義之訴訟行為已於前述之矣

第二 以訴訟行為之性質為標準則可分為攻擊防禦審判三者蓋在探告劾主義之下刑事訴訟乃為審判上之戰鬪即原告與被告各立於敵對地位以為戰鬪行為法院則居於其上而裁判其勝負此居原告地位所為之戰鬪行為稱曰攻擊居被告地位所為之戰鬪行為稱曰防禦二者非各當事人相對為之係向法院為之以聽受其裁判至法院則因依實體真實發見主義不應為當事人攻擊或防禦之行為所拘束故其審判行為亦係依職權為之且其範圍只須不背法定程序至為寬汎

第三 以訴訟程序之順序為標準則合公訴自訴首可大別之為第一審第二審第三審程序第一審可又分為起訴及審判程序第二審及第三審又可分為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尚有偵查程序

第三款 訴訟行為之效力

第一 訴訟行為之要件

刑事訴訟行為與民事訴訟行為不同民事訴訟行為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為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為能力為準(民訴條例五四)餘如關於意思表示之要件亦多須依民法之規定(參照民訴條例五七、八二II等)若刑事訴訟行為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為為準如行為人有意識能力並已為事實上之行為即得認有訴訟行為之成立並發生訴訟法上之效力至於民法關於法律行為或意思表示之要件之規定如行為能力真意保留虛偽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識能力即得獨立為完全有效之訴訟行為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為種種行為但並非此時該被害人或被告即不得自為該項行為也

刑事訴訟行為之不成立與無效應區別之如事實上尚不能認有行為成立固無效力如何之問題此項行動儘可放置不問但如事實上已得認有行為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

刑事訴訟行為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I、一三三、一四一、一五二、一五三、)偵查未經密行(一三七)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論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爲雖經捨棄撤回撤銷通常爲該行爲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(三七〇工、四三二)撤回起訴除喪失其起訴權外刑罰權亦因以消滅(二六四工、三四七)是也刑事訴訟行爲得處分與否應分別論之

(一) 爲訴訟行爲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則又不得捨棄者自大體言之刑事訴訟本爲公益制度故爲某訴訟行爲之權利如係爲公益之目的而設則應解爲不得得捨棄

(二) 訴訟行爲得由行爲人撤回或撤銷與否亦不可概論如起訴之撤回(二六四工三四七工)告訴之撤

回(二一九上)上訴之撤回(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發達後爲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(二九九、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 該行爲已形成特種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爲即爲法律行爲之訴訟行爲言之若事實行爲如被告證人鑑定人所爲之供述均不發生撤回或撤銷之問題此等行爲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僞

第四款 訴訟行爲之代理

刑事訴訟行爲以係採實體真實發見主義故關於代理不能與民事法律行爲及民事訴訟行爲同一解釋分別論之如次

第一 法院及檢察官之訴訟行爲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事或檢察官之地位以攝行其職務仍係代表國家爲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事依法代表合議庭爲訴訟行爲亦非代理關係檢察官依一體原則以爲代理者亦然餘如受託推事或其他官吏官署依其助以爲訴訟行爲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爲亦以不許代理爲原則分述之如次

(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)

III

丁 辯護人雖非被告之代理人但被告之防禦權得代行使已如前述

戊 輔佐人雖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爲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、四三一、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規定該等人得獨立起訴則以後之訴訟行爲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訴告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發見實體真實之主義不自妨碍相以許之爲宜

(五) 告發及其裁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二者論述之

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故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（二八六₂至₄）辯論（三〇〇）被告之爲陳述詰問覆問（二八六₂至₄）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卽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卽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發自首及司法警察官檢察官之訊問被告證人鑑定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卽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爲聾啞人而能用文字達意思者其與推事交通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尙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逕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爲推事不得兼任通譯（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爲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（一二六）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爲卷宗而送交於法院(一九三、二五八II)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爲審判上或審判外所爲亦不問其爲實施刑事訴訟程序之公務員所爲抑爲被告及其他訴訟關係人所爲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爲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爲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市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爲訴訟行爲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爲必以言詞爲之者如證人爲證言是有定爲以言詞或文書爲任意者如鑑定人爲鑑定是(參照一二三III)有定爲必以文書爲之者如起訴(二五八一)上訴(三六四)裁判(一八一)等是必用言詞之訴訟行爲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爲則除就各訴訟行爲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、二五八1、三六四下、一二三三三等）

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下

(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其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因以成立（參照二五八1）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

證據方法而為辯論及裁判之標的

(四) 為卷宗一部之文件與為證據物件之文件 凡文件應編入卷宗者則為卷宗之一部未編入卷宗之文件如在本訴訟為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、二五八Ⅱ、三七八Ⅰ、Ⅱ、三九八Ⅰ、Ⅱ、四二一等)此二者為證據時雖其效力通常無差別但在審判時如為後者則應依第二百八十四條辦理如為前者則應依第二百八十五條、第二百七十九條、第二百九十一條、第二百九十三條第二項等辦理

(五) 應送達之文件與不應送達之文件 前者如傳票(三七、八九Ⅰ等)通常之裁判書(一八七Ⅰ)第三審上訴書狀或理由書答辯書(二九五、三九六Ⅲ)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爲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、三一、三八二等)裁判書未經送達則無從起算上訴或抗告期限(三六三、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（參照一八七下、三四二、三九五、三九六甲、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 民事訴訟條例第一百四十四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發或請求書狀制作者之應爲該告訴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Ⅳ、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逮捕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、九六一、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一百零三條亦定明傳票拘票（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復云云當係與第一百九十五條第一百九十六條規定重復之誤）

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尚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吏更使參與或蒞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（一一五V）執行死刑筆錄應由監獄長官署名蓋章（四八三I）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則之規定如裁判書（一八三、三二一至三二四）起訴上訴等書狀（二五八上、三六四等）各種筆錄（六四、一一五、一五五、一六三、二五七上、三三三、四八三上）並傳票拘票押票搜索票捕票（三六、四五六、八一四三、四八九等）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卽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卽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認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 署名通常固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為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、三九六下、四一九等)如其期限為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為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因為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(一八三丁5)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(六四四、一一五五)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（一二二下）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（參照二五八下、三七八下等）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

第三項 送達

送達 (Zustellung) 云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爲也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後之意義尤爲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）目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（後如後述二〇〇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卽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、三一、三八二等）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疵累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爲接受文件之送達起見偵查中應將其住址或事務所向檢察官聲明審判中應向法院聲明之(一九四一)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所或事務所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効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而言(參照一三一)即與民事訴訟條例第六十三條之住所相當

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有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効力及於同地之各級法院(一九四二四、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効力又該項聲明得及其効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爲之

(三) 應受送達之人爲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)惟對於此項人爲送達應囑託監獄或看守所長官爲之蓋爲維持監所之紀律也(一九八)至此項囑託應由檢察處或法院書記官爲之自不待言(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(參照民訴條例一五九四)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為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 以掛號郵信送達而不能達到者 此即指依第一百九十七條辦理其掛號郵信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役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為已經送達毋庸更為公示送達(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為送達者仍不得為公示送達

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（二〇〇一）送達通常雖由書記官獨立依職權為之（參照民訴一四九）為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為之在首席檢察官則由其核定之未經許可而為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百八十三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為之

（二） 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（二〇〇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(二〇〇IV)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亦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(參照二六五)乃與第二百六十六條相通應之規定也

(三) 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(二〇〇甲)故公示送達非自實施程序卽爲張貼或登載之時起卽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卽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(二〇一)卽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愼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卽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(一六五工)一二審諭知判決須在辯論終結後除如審判程序亦設有各種階段此皆訴訟行爲有時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三六三、八八三) 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言之又可稱曰到案日期 (參照八九二) 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) 又訊同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 (八九二) 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（參照三六工3、八八工3）此預定日時之行為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為審判長之權限（二六五、二六八）但受命推事受託推事亦應解為有同一權限檢察官亦然又指定日期固依職權為之（參照民訴條例一八八）變更日期則除依職權外並得依聲請為之（參照二六八）又指定或變更行為除檢察官所為者係處分性質外審判長等所為者係裁定性質

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為宜但僅指定日不指定時如僅定某日午前或某日亦不能謂為無效

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為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諭知開始之行為而開始在審判日期為朗讀案由之時（二七五）在其他日期則為諭知開始或開始為該日期之行為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尚不得謂有遲誤須於有開始行為時仍未到場始為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為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、二三五)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警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(參照民訴條例二四二四)

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(二七〇四、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(二七一)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(三一一、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時亦得逕行判決或應逕行判決(三二〇)法編法六二二)

(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爲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制撤規定(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) 代理人無論其爲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(參照二七二、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、一一八一、一二六)

第三項 期限

第一 期限之意義

期限(Limit)者訴訟主體或其他訴訟關係人單獨爲訴訟行爲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) 日期乃爲各行爲人會合爲行爲而定之時間期限則係爲各行爲人單獨爲行爲而定之時間故於日期應爲之行爲係於法院或受命推事受託推事檢察官之前爲之期限內應爲之行爲則無此必要

(二) 日期恆爲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爲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爲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) 日期須因行爲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爲期限進行之中不必有一定行爲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(參照三一、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(*Oesetzliche Frist*)者法律所規定之期限也刑事訴訟行爲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(如三一、二〇九)民事訴訟條件於法定期限之中尙有特定明爲不變期限之一種(參照民訴二三二、二〇六、五〇〇、五三六、五五五)

、五七三下、六四九上等) 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爲或僅得於所定期限內爲某訴訟行爲也前者如上訴期是後者如羈押期間是通常期限均屬前者

不行爲期限 (Zwischenfrist) 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 (Erlaßungsfrist) 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(二〇九下)聲請再議期限(二四八下)上訴期限(三六三)通常抗告期限(四一七)特別抗告期限(如二二)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三

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、第四百九十九條、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(七三三)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爲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爲該訴訟行爲逕行審判但在審判未終結前如爲該行爲者仍於訴訟法上有效

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

回復原狀之規定乃爲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爲此項聲請乃爲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爲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爲之其他情形雖無明文亦以解爲許該等人代爲適用

(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爲寬不必限於因不能豫見或不可避之事故(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

1 應於不能遵守期限之原因消滅後五日爲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爲聲請

2 應以書狀向該案件所屬法院爲之其逾上訴期限者應向原審法院爲之此蓋爲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II)

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議

丙 聲請之裁判

回復原狀之聲請應由聲請之法院裁定之(二二一工)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

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、二一一)此時其補行之行為亦為不合法

聲請回復原狀於裁定前得停止執行裁判(二二二)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

第一 於審判日期所為訴訟行為之處所

刑事訴訟法既定明審判日期應由推事及關係人出庭(二七〇、二七一、二七二、三九一—九)則應於審判日期所爲之訴訟行爲顯然應於法庭爲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爲通常自應在法院內之法庭爲之否則爲無效但於法院內所不能爲或爲之而不適當者自亦得於法院外爲之(參照民訴條例一九一)例如應由法院履勘(一五七下)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 其他訴訟行爲之處所

非應於審判日期所爲之訴訟行爲則不問其爲定有日期之行爲抑未定有日期之行爲亦不問其係爲檢察官審判長受命推事受託推事所爲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爲除審判日期外其他日期無此限制惟應於日期所爲之行爲通常亦以於法院內爲之爲宜且多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

第二節 訴訟關係

訴訟關係乃謂訴訟主體相互之權利義務關係固與訴訟程序有別(參照緒論)但訴訟程序既爲訴訟行爲之總體而訴訟主體得爲或應爲訴訟行爲之法律關係卽爲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因爲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爲何方面與何方面之關係近時民刑事訴訟法學者中尙稱聚訟有主張其爲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爲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其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

第三節 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）而爲刑法卽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 (Prozessvoraussetzung) 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

訟行爲於特定訴訟特別必須之條件也例如起訴之行爲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

積極訴訟要件者謂爲某訴訟行爲須以某事實之發生爲條件也例如告訴乃論之罪之起訴須以告訴爲條件者是消極訴訟要件者謂爲某訴訟行爲須以某事實之不發生爲條件也例如提起上訴須以該判決未經確定爲條件者是

(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爲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

(二) 處罰要件具備者應諭知科刑之判決(三一五)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予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雖此必要

(四) 惟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

訴訟資料者為判裁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爲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爲訴訟資料保存之目的此等行爲均爲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(參照四〇六上)

事實應由法院依職權蒐集調查即關於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（三二四5）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（參照三二二二）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）準是以論上述該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逕爲科刑判決而已

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爲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爲困難應解爲此等法令爲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）

法令除上述各種外尙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爲一般之條理者富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爲撤銷之原因（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爲之法令上意見於下級審裁判該案件時自爲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下）故最高法院就一切法令所爲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 (Ladung) 者特定機關使特定人於一定日期及處所到案 (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 (參照二九九、四二七下)

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卽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(三五下、三七)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(二八)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(三六五)

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(三六六)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) 上述者爲一般規定以外尙有特別規定如第二百六十六條之規定是也(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爲止

傳喚命令僅定爲某日或某日午前而未定時亦不能謂爲無效此際應解爲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爲之

乙 有時得不待其陳述逕行判決(三二一、三二二)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遵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

第三章 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II)茲為說明便利起見先就對於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

及推事所爲者實爲裁定性質且於羈押扣押處分設有不服方法之規定卽爲法院所爲者得提出抗告（四一五工）爲受命推事受託推事所爲者得聲請該推事所屬法院或該管地方法院撤銷或變更（四二七工）爲檢察官所爲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爲拘提者僅限於被告及證人拘提雖亦得稱爲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爲訴訟行爲或參與訴訟行爲故必定日期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爲拘提通常之目的但亦有保全證據之目的故學者又稱拘提爲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爲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（四五工⁴、九六工）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

此爲刑事訴訟法第四十四條第二項所明定即得爲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其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爲囑託拘提之一種但係於被告所在不明時爲之(參照五〇下、五二)

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爲刑事訴訟法第四十條所明定適用本條尙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爲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爲聲明自得推定其爲正當理由也(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爲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爲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爲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(參照五〇工)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尙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此各種情形之一以外尙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) 犯死刑無期徒刑成最輕本刑爲五年以上有期徒刑之罪嫌疑重大者得不經傳喚逕行拘提爲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 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爲之
- (二) 發拘票之權即爲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I)(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爲何人已足此項記載完全欠缺則拘票無效

乙 被告之犯罪行爲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 發票之公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爲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爲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

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)本條與次條但書乃爲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爲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)惟刑事訴訟法爲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爲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

逮捕有兩種一爲現行犯之逮捕(四九下)一爲受刑人之逮捕(四八七丁、四八八)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爲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 通常須爲現行犯(四九丁)何謂現行犯(*Fris. de 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(四九乙)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尚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以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(四九丙)此卽所謂準現行犯也

1 被追呼爲犯人者只須被人以爲犯人而追嚇或呼號有一於此卽可

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為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)因持有物件足疑為犯該罪之人(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尚有傷痕血跡是也

(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I)

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I)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亦如執行拘提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I、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(參照四八七上、四八八)

乙 捕票應記載左列事項(四八九上)

1 受刑人之姓名性別及其他足資辨別之特徵

2 諭知之刑各及刑期

丙 發捕票之檢察官應於捕票署名蓋章(四八九下) 其由書記官制作者書記官亦應署名蓋章(一一八九)

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

第三款 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

得命行通緝者備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

大而巳

第四 通緝之程式

(一) 通緝應以書狀爲之由令人署名蓋章並記載左列事項(五二)

甲 被告之姓名性別及其他足資辨別之特徵

乙 被告之犯罪行爲

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(參照七三)(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)拘提多係爲訊問之目的羈押則係爲實行訴訟並保全執行之目的

第二 羈押之機關

此爲刑事訴訟法第六十七條第二項所明定即得爲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爲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尙許受命推事爲之者蓋以由受命推事訊問被告時(二九七)亦有此必要故也

羈押應嚴格解釋以上述機關爲限不得囑託其他機關爲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爲羈押處分應行除外

第三 羈押之要件

此爲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爲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爲拘提要件不得爲羈押要件惟該項情形有時足認爲合於第四十二條第一

- (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尙爲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爲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尙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即有必要自不待言

第四 羈押之程序

(一) 羈押應用押票由命令人署名蓋章並記載左列事項(六七工六八)

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、四一五工、四一四工) 由其他公務員所爲者得分別聲請該管法院撤銷或變更(四二七工、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或親應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

具保又獨保釋(Sicherheitsleistung)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

此爲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爲審判長命令停止者則爲法院又一般命令停止者亦不必即爲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爲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述中而卷宗及證據物件

尙在第一審法院者則該項裁定應由第一審法院爲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爲之且爲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或親屬得隨時具保聲請停止羈押乃爲法律所明定(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爲之者乃爲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)由法院及受命推事爲之者刑事訴訟法第八十四條定明爲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爲者許向直接上級法院抗告(四一五下、四一四)對於受命推事所爲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(四二七下)

(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股實之人或商舖所具者爲限並應記載保證金額及有如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爲不應許可者仍應駁回

羈押之被告係犯最重本刑爲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尙應撤銷押票(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爲不足時得命增加(七七)其增加之限制自應適用第七十八條第二項規定又爲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會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) 被告經傳喚無正當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
(八一)

(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以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(七九二)其免除責任應準用第八十三條第一項至第三項之規定(八三四)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

第三款 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尙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(七二五)

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(七二五)

羈押期滿未經起訴或裁判者以撤銷押票論(七三三)

上述規定乃特爲保護被告而設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爲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爲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合算

(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(二五二)

(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(二二八)

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爲證據物件之一種(參照二五八Ⅱ、三七八ⅠⅡ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、三二三₂、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爲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卽爲扣押應適用扣押程序之規定自不待言

扣押物件之占有者是否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爲有此義務(參照後之說明)

第二 扣押之機關

此爲刑事訴訟法第一百三十八條所明定卽命扣押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(一一九)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(一三〇)適用本條必須該郵件電報尙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爲被告所投遞或係交付被告者既有事實足認爲被告所投遞或係交付

被告之郵電爲蒐集證據計自得扣押

- (三) 郵務局電報局所持有被告與辯護人往來之郵件及電報不得扣押但可認爲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(一七六)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爲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爲核定餘爲裁定(一三八)裁定爲法院所爲者得向直接上級法院聲明抗告(四一五丁、四一四)爲受命推事受託推事所爲者得聲請該推事所屬法院或該管地方法院撤銷或變更之(四二七丁)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(一三七丁)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另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爲證人之人或係第九

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（一二八）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待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）但持有人如係依法應得允許而爲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（一二二）此不問有無請求均應制作收據且詳記名目分別情形給予其所有人或持有人

（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（一二二、一二三）此蓋爲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（一二四）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（一二〇、一二一）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不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押扣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、一八八）如該日期僅有扣押程序者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、一八八）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）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爲不足爲證據物件或並非可以沒收之物件或雖足爲證據物

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之人之聲請得命其負保管之責暫行發還(一三六〇)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爲之

(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(一三七五)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爲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(一三七〇)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爲不起訴之處分時應即發還但應沒收或爲偵查他罪或他被告之用者不在此限(二五一)此富於偵查程序詳述

(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

此為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其助程序囑託搜索

第三 搜索之客體

學者恆依搜索之客體分搜索為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為處所搜索為宜

- (一) 處所搜索此即指對於住宅或其他處所及船艦並公署所為之搜索而言凡有相當理由可信為被告或證據物件及可以沒收之物件存在者均得為之（參照一三九工、一四〇、一四一、一四八、一五三）

- (二) 身體搜索此即指對於人之身體所為之搜索而言不限於男子亦不限於被告始得為之凡有相當理由可信為證據物件及可以沒收之物件存在者均得為之（參照一三九Ⅱ項、一四七）

- (三) 物件搜索此即指對於人所攜帶之物件所為之搜索而言此項搜索亦僅得於可信為證據物件及可以沒收之物件存在時為之若可信為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為之即處所搜索必須有相當理由可信為場告或證據物

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(二二九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爲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(一四二下、一四三)搜索命令與搜索票之關係及其制作者應爲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爲之

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）則此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 因追蹠現行犯或逮捕脫逃人者此蓋為稍縱即逝自無待命令也

2 有事實認百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~~能命其在場或認爲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)此蓋爲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爲宜

(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)此蓋爲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)此蓋爲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)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爲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之處所（例如因營業或他用於居住外另備之處所）搜索之

乙 容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爲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序（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爲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 Beschuligten) 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卽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(二八二)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爲重要部分且在審判程序原則上乃爲必要成分未經此程序應認審判程序爲無效又爲特定訴訟行爲亦有以訊問被告爲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卽一則係爲被告而設之防禦程序一則係爲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)但被告之自白得爲證據亦爲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卽法院或受命推事訊問被告亦係一面出於調查證據之目的卽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(二九六)又受命推事亦得訊問(二九七)

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共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為證據

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(參照二四一、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為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、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得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法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 訊問被告應告以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以有何嫌疑成何罪名以使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 (Gegenüberstellung 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爲違法其供述不得以爲判決之基礎

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)此亦爲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爲審

判筆錄之一部分尙應適用關於審判筆錄之規定(三三一至三三五)惟在偵查程序雖亦爲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爲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爲原則也

(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爲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

爲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Ⅲ) 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Ⅳ) 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

(六五) 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)有二種意義一謂確認待證事項之材料此客觀之意義也又稱曰證據方法(Beweismittel)一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(參照民訴條例三二八至三三四、三五三、三八四、四〇三、四〇四、四〇九、四〇〇、四〇一、四二三、四三一)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、二二九、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(參照二二〇)

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

二五三下、三一六)第二、爲對於該事項之推測(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II III)第三、爲對於該事項之確信(Uberzeugung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II)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II、一〇一、二〇九II)

第三款 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. Anschuldi gungsbeweis) 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. Entschuldigun gsbeweis) 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、一三九)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己事實舉出者稱曰證據他造絕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證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原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 (sachliche 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 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(二一六)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(Verdachtstarke)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(Praesumptiones iuris 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(如刑法三一工刑訴
法三〇五工)或心神耗弱(如刑法三一工)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(notorietat od. notorische, offenkundige 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是一為法院公知之事
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 (Beweiswürdigung) 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

第二節 被告

被告係一面爲證據方法並訊問被告之目的係一面調查證據已於前述刑事訴訟法雖將被告列於證據之外（參照二三〇、二八一）但被告之供述無論其是否於被告有利均得以爲裁判基礎乃爲學者之通說尤如被告之自白得爲證據刑事訴訟法亦有明文（二八〇工）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（參照訴訟行爲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爲之後者乃於此等人以外之人之前爲之二者固均得爲證據且其證據力無差別（參照四四二²）但通常所稱自白均指第一種（參照二七九、二八〇工）又民事之自認於訴訟上爲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（參照民訴條例三三一）刑事則無此規定故對於犯罪事實須表示明白之承認始爲自白若僅不爭執或沉默無言不得認爲默示之自白

共同被告之供述於認定他被告犯罪事實時得爲證據與否學者中尙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爲供述於自己犯罪尙得爲證據於他被告犯罪亦無不許爲證據之理

第三節 證人

第一 證人之意義

證人 (Zeuge) 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以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證問之問題其餘職員應解爲得以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 於該案件曾爲辯護人輔佐人代理人若應解爲得以爲證人訊問至爲證人後仍得爲辯護人輔佐人

代理人與否通說固有謂其性質不能相容，應當然喪失其資格者，余謂通常固以不參與該訴訟為宜，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。

(二) 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）。

(三) 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（參照八七五、二六九、二九四、二九六）又訊問證人得依共助辦理受託機關。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B）。又被告在偵查審判各程序均有聲請傳訊有利證人之權利（參照二三九、二六九上、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II)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I、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則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證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爲證人須經允許否則即無爲證人之義務後述三項義務均全部免除即以公務員或曾爲公務員之人爲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爲違背義務

(一) 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 刑事訴訟法就到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達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）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（法院編制法六一丁）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（一五八）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為此聲請或裁定就中

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、

四一五2、四二七12）則於爲罰鍰之裁定後是否在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卽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卽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卽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

并依式制作裁定書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(九六三)此係就法院所爲者而言應向直接上級法院爲之(四一四)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院應得之費用(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目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(參照民訴條例三二二)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攬問（參照二八六）又到案義務與後述具結義務及證言義務爲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

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

甲 義務之內容 此爲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爲之我國及日本乃與此異係使其向訊問機關爲之刑法之偽證罪乃以具結爲要件故具結義務乃與僞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(一一三二)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)

丙 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贓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

具結如前述乃爲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爲違法證人所謂證言亦無證據之效力以爲判決基礎者其判決不爲撤銷

免除具結義務之證人仍命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)又依免除規定不使具結而爲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當證人或當事人之主張

(三) 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偽證罪又此

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 卽刑事訴訟法與具結義務同於第一百十三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卽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曾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)此為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為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 因恐為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)此亦因強其為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為證言以前均可即於到案前為之亦可其於到案前為之而係正當者應解為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(一〇一)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)

刑事訴訟法通義

乙 傳喚證人應用傳票(八七下)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(八八下)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爲傳喚不合法又傳票應記載左列事項(八八下)

- 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、2、3 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、九二下）命前往而無正當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當理由拒絕偕往者亦設有制裁規定即得命拘提（九二下）

（二） 訊問及具結

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隔別訊問并禁止談論案情者亦爲發見真實也違背此程序者其訊問爲無效證言不得採用又定明得與他證人或被告對質亦爲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爲該各項之調查既未規定特別程式自得依實際便利之方法爲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

首爲人之調查則其訊問程式爲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爲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爲陳述之先應告以具結之義務及僞證之處罰但不待命其具結之證人應告以當據實陳述不得匿飾增減（一〇七）此蓋爲期證人爲真實證言定爲應於爲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具結之義務及僞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具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

僞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(一一〇、一一一)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(一一二)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Ⅲ)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記官應行之職務(二二四)

(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Ⅳ、二七一、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(二九九)

○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密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 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(參照三三一6、二五七下)

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(一一五下)

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叙要旨尤於審判筆錄爲然參照三二一6總之記叙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

筆錄應命書記官向證人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三百三十三條之規定

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(一一

八三) 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(註)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

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方可言何謂不真實之陳述卽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卽具結與僞證罪之規定是也

(二) 傳聞證言卽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卽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權力

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 鑑定證人應以為鑑定人訊問抑應以為證人訊問學者間尚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 筆錄不過為保存並認證證言之方法故法院自行訊問者其為自由心證乃係就親自所聽取者為之非就筆錄所記載者為之故得為次述結論

1 依證言以為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為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為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為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曾向證人朗讀未經請求更正並經署名(一一五五)但實際亦難免絕無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爲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爲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爲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)不過筆錄本身究爲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(二九二下)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院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卽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卽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(二二二、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爲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爲僞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爲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爲證言者有無證言之效力學者中頗有議論余謂該共犯既未爲共同被告其具結雖與免除具結義務之規定有違究屬有效(參照一〇六三及其結義務之說明)

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 (Sachverständiger) 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爲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爲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等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為認識之一種但一則為五官之直覺一則為推理之作用蓋所謂鑑定 (Experts) 云者乃鑑定人以其特別智能為大前提以現在訴訟上所供給之材料即事實或法律為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力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為認識但在鑑定究為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(一八1)非此項人而選任之命其鑑定乃為違法不能有效力

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醫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(一一九丁)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(一一九戊)

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(一一九己)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為之自不待言

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(一一九庚)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

(三) 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（參照一二三III）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(參照一一八工)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

第二款 通譯

通譯(Dolmetscher)有二種(一)繙譯語言者即訴訟關係人不通我國語言或不通檢察官及推事所用我國語言或檢察官推事不通訴訟關係人所用我國語言者應用繙譯(參照民訴條例二五〇I法編法七〇II)又訴訟關係人爲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爲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爲證據方法一則係輔助檢察官及法院者並非其行爲足供證明之用但通譯與鑑定人均係將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 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尙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卽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爲認識之事物均得爲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爲限故除有體物 (卽民法上之物包含動產不動產二者) 外無體物 (卽物理上之物) 及人之行爲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爲勘驗之客體因其僅以事物之現象即事物之存在及狀態爲限故勘驗之標的爲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（民訴條例四三一、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為之為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為調查證據搜索及扣押則僅為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為實驗」

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 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有察看證據及其他犯罪情形所必需者均得實施(一五六上)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察被告或被害人

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爲原則但有次述特則

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)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爲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)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使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在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(一六三二)並應由勘驗之檢察官或推事署名蓋章(一六三二)此項筆錄稱曰勘驗筆錄其於審判中爲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爲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(Urkunde)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) 證書爲文書

文書者以文字或代文字之符號記載思想之物件也凡爲證據之有體物刑事訴訟法固均稱曰證據物件(參照一二七丁、一三九丁Ⅱ、二五八Ⅱ、二八四、三三一—八三七八丁等)但爲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影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場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 erklarende urkunde)者所記載之事項係關於某人之意思表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告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勘驗證書

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爲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爲非公務員制作者亦有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

(二) 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

(三) 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由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(三三一—86)

(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(二九二)

以上所述者雖僅爲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爲形式之證據力與實質之證據力前者乃關於證書或立是否真正之問題卽證書確爲其所載之制作者人所制作者斯爲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爲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卽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

卽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依自由心證判斷之

(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依自由心證判斷之但法令設有特別規定者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 (Entscheidung) 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「非依法判」(justice without law without Law) 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爲某種行爲（包含作爲及不作爲）之命令或直接引起某種狀態之行爲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爲之與裁判之僅限於審判機關始得爲之者自不相同又爲處分通常固亦須依據法律但其本身並不重在爲法律上之判斷故其性質根本與裁判不同不過在刑事訴訟法之用語裁判與處分並未嚴格區別故有時本爲裁定性質者亦稱曰處分如關於強制行爲及訴訟指揮行爲之裁定通常仍稱曰處分是也（參照四二七下、二九九、八四、九六二等等）

第二節 裁判之種類

裁判可依次述標準爲種種分類

第一 依其內容可分爲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 依其形式可分爲判決與裁定此爲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）裁判形式原分爲判決

決定命令三種民事訴訟律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決現行刑事訴訟法又將裁訴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Ⅱ、一一三Ⅱ、一三八、二九五、二九九、三四三、三七七上、三九七丁、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) 對於判決之不服方法爲上訴(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(四一四上、四一七

一) 惟不服審判長或受命推事所爲者始稱曰聲明異議(二九九)或聲請撤銷變更(四二七上)

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受託推事(舊豫審程序尚有豫審推事)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（卽作成主文）爲此依式之表示時卽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）且自送達前卽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尙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卽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）宣告裁判時則更不以參與決議之推事爲限卽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苟在未宣告以前尙得撤銷變更卽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苟解爲在宣告前尙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詞作裁判書或記載筆錄時成立但在命爲傳喚拘提通緝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（Berathung）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（Abstimmung）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案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）評議概不公開但補候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又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固

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辯理（以外尚有國民政府司法院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 Gru-nde）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

第一 裁判前之審理

裁判必有爲其基礎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三百四十四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該書狀審理爲原則但有例外卽法院之裁定於審判時爲之者應經當事人之陳述(一八〇II)所謂審判時卽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且亦得命其爲之(參照民訴條例二七四II日本刑訴法四八IV)

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卽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卽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

署名蓋章亦應認為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（一八三二）

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目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（參照三九一13）

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(參照三九—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斯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）
（後段）此所謂事故乃指足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爲違法

第三 裁判之主文

裁判之主文（Format）者即該裁判之判斷也此爲裁判之基本無論何種裁判均應有之惟是否應特別標明爲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爲記載亦應分別論之

（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爲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。故在判決書不問其爲何種類並何審級所爲均應記載理由。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爲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 (二九九、四二七下) 亦應解爲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爲違法 (參照三九一—13)

第五節 裁判之諭知 (宣告及送達)

第一款 概論

裁判通常係爲裁判者對於受裁判者之意思表示。故除有特別規定外 (註一) 不得不使受裁判者知悉。因達此目的所爲之行爲稱曰諭知。又稱曰告知 (Bekanntmachung) (註二)。裁判雖於內部係於依式爲意思表示之時成立。而對於外部發生效力。究在將該意思表示依式諭知之時。諭知之方法通常爲二種。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。例如非於審判時所爲之證據裁定。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

八六〇九、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(Verkündung od. Publikation)惟不經辯論之判決則毋庸宣告(一八四下)蓋應經辯論之判決(一八〇下)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(一八四下)蓋既係於審判時所為多係於受裁判者之面前為之(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（參照二八五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難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、四二七下）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（三三二）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Ⅲ、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

第三 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（參照民訴條例二七一、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工及二六八）

(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）

第三款 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（一八七工）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（一八七工、一八六工）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母庸別爲說明

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爲裁判者自該時始應受其羈束在以前仍得自由變更又爲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爲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爲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爲三種即甲、通常係經最高法院或高等法院爲第三審之判決但乙、高等法院管轄第一審之案件則僅有二審仍以最高法院爲終審又丙、初級法院管轄第一審之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亦僅有二審而以地方法院爲終審(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爲確定兩造時期各自送達判決書後起爲十日(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(參照三二七七下、三三八三、三九七下、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(三六一二)亦不生阻止確定之效力

丙 一造雖已上訴而其上訴並不合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(三二二下)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

離之關係仍應解爲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爲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爲裁判者發生者

裁判之確定力有二種

(一) 形式確定力(formelle Rechtskraft) 此即謂爲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爲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爲消滅(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)如仍起訴者法院應爲免訴之判決(三一七上)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要要件

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要二要件(註)

1 主觀同一 (Subjective 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 (Formelurtheil) 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 不受理之判決僅第三百十八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

既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

裁判之執行通常關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Ⅱ、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(參照民事訴訟例四〇〇工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

公訴有二義一爲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爲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爲原告之公訴解爲起訴之義不過自其開始言之解爲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爲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爲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爲刑事訴訟最終之目的但尙須以證明犯罪爲前提此項功用通常固僅爲刑事訴訟之手段但亦有爲刑事訴訟之目的者蓋刑罰之功用不僅在對於犯人爲懲責或排除並在對於社會爲預防或警戒爲實現前之功用固有適用刑罰之必要爲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 (Strafklage) 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刑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固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爲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

公訴權之客體既爲犯罪關係則其發生原因自與刑罰權相同卽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爲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

公訴權之消滅云者卽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卽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 直接原因爲刑事訴訟法第二百四十三條所明定卽如次述

甲 時效已滿期者

時效 (Verjährung) 應否爲刑罰權之消滅原因抑爲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爲起訴權故該法關於時效之規定應解爲係刑事訴訟法之性質至刑事時效制度之本旨應解爲與民事時效制度相同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爲起訴權也(註一、二)

註一 刑法所規定者僅一般時效以外尙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尙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爲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爲之若大赦則爲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爲之且二者經過之法定程序亦不同

丁 犯罪後之法律已廢止其刑罰者 詳言之即該犯罪行爲依舊法雖應處罰而依行爲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

尚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質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

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(二四四1)若誤爲起訴法院亦應諭知免訴之判決(三一七1)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外(即仍依二四四1)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(即依二四四2)若行起訴則法院應爲不受理之判決(三一八1)

第二節 偵查

第一款 總論

第一項 偵查之意義

偵查(Ermittlung)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(二五三1)故必須先就該案件調查事實並搜集證據此種程序即為偵查程序故偵查為公訴程序之最初處分亦為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為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為之處分乃為調查行為概括言之則可稱曰偵查犯罪(二二七至二二九)分析言之則可稱曰偵查犯人及證據(二三〇)蓋行為不成犯罪根本即不能成立公訴又行為雖為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為止(二五三1)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為之處分通常為保全行為亦間有調查行為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為保全行為亦屬於偵查範圍又提起公訴只須有犯罪嫌疑而為完全實行即使法院必為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為調查行為之必要故繼續調查犯罪亦屬於偵查範圍此二項行為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為之處分至於在偵查程序應並為有利於被告之處分(二

二、三九）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時始能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（二三〇、二三三、二三四）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懂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至起訴即不得續行也

偵查程序係完全與審判程序獨立即令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）

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 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是徵檢察官實爲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謂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輔助之

第二 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爲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法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非罪嫌疑

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次述處分

甲 記載可爲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爲原則

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爲者外(例如各種強制處分)亦應解爲在檢察官開始偵查前亦得獨立爲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

此爲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獨立爲偵查行爲須在實際受有命令以就始得爲之不過此項命令並不
限於具體案件發生時始得爲之即在平常預爲一般抽象之命令亦無不可只須在命令範圍之內偵查行爲
之種類固可無限制但強制處分究應解爲須檢察官親自爲之此等吏役僅能於爲此等處分時使其爲事實
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爲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伴其發動非必刑罰權實已發生只須檢察官主觀認爲刑罰權發生故足爲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函票(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發自首爲開始偵查之普通情形故刑事訴訟法除規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 一般風說及匿名函票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須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訴與告發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訴於理論上並不須以請求追訴爲內容故二者之區別只能於其主體求之即一爲被害人一爲第三人不能於其內容求之也

第二 告訴之主體

告訴之主體即得爲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爲告訴之人則刑事訴訟法於被害人外尙規定有種種茲分述之(註)

註 通說均謂法律規定被害人外得爲告訴之人亦爲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

犯罪之被害人得爲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爲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爲犯罪侵害之法益乃刑法上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爲該犯罪之被害人若僅就該法益間接或附屬受利益之人尙不得謂爲被害人也例如在住宅放火罪其被害人應解爲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爲複數被害人自亦爲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

第二百一十四條第一項規定此等人得獨立告訴故其爲告訴係以自己名義獨立爲之不爲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

之時爲貫徹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爲準非以犯罪時爲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定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爲告訴者蓋以告訴權乃爲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

又第二百十六條定明被害人法定代理人保佐人配偶或其親屬爲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二百十五條第二項
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也蓋告
訴乃論之罪被害人既已死亡(即二二四之二情形)或被害人之法定代理人保佐人或其親屬爲被告(即
二一六之情形)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爲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爲以文件或言詞爲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在共犯雖只指定一人對於他共犯亦生效力此當另於後詳述

告訴以文件爲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爲實有告訴之事實亦得發生效力若以言詞爲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

告訴應解爲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爲告訴亦應解爲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爲有效

(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爲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爲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為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許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明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尙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 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爲偵查之端緒蓋偵查犯罪本爲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爲不起訴處分時有聲請再議之權(二四七)

五、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
分書發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件又可分別述之

1 親告罪有二種第一種為絕對親告罪一稱對物親告罪即告訴只須對於犯罪事實為之故只須報
告犯罪事實無須指定犯人即誤指非犯罪人為犯人其告訴亦屬有效第二種為相對親告罪一稱對
人親告罪此係因具有特種關係之人犯罪始由法律定為親告罪故其告訴自須對於該特定人為之
故不僅須表示犯罪事實並須指定犯人苟未指定犯人斯為無效親告罪屬於前者為原則屬於後者
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為訴訟要件第二說謂為處罰要件第三說謂為訴訟
要件並處罰要件第四說謂或為訴訟要件或為處罰要件應依情形定之第一說為通說余於我國刑

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所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日立法精詳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益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（三一

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之與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良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其犯亦只須知悉其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應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二百二十五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期期不便於實際故也

第三項 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爲報告之主體各有不同告訴係由被害人及其他依法得爲告訴之人所爲自首係由犯人所爲告發則係此等人以外之第三人所爲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爲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爲告發

告發原則雖僅爲權利但例外亦有爲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爲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爲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這

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僅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

刑事訴訟法通義

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(參照刑法三八一)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

自首與告訴發同爲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

偵查機關爲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爲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爲之一切強制處分檢察官亦得爲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

檢察官均得爲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

實施偵查之客體爲犯人及證據乃爲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為案件不屬通常法院管轄之時法律就此未設明文解為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爲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爲訓示規定雖不遵守亦不能謂其處分爲無效

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(二三八)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屬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(二三九)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(參照二二二)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)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得酌量定之但若有本項情形則應許被告在場否則爲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(二四二)此蓋爲慎重起見於爲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爲違法惟於有急迫情形時即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(二三四)

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時效仍進行也(參照刑法一〇〇)所謂犯人不明者即不能查明何人爲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爲次述三種

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(三三二)此已於前述之矣

第二 不起訴

(一) 不起訴之情形

甲 檢察官認爲案件有左列情形之一者應不起訴爲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爲有該各款

情形之一應爲不起訴之處分固不待言即認爲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(二五三下)

但如依所得證據認爲嫌疑不足則自應不起訴

3 行爲不成犯罪者 即行爲於法律上不爲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爲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律應免除其刑自仍應起訴不得爲不起訴之處分也

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爲標準非以犯罪行爲時爲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(二六一工)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爲重要故定爲其程式應以文件爲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)定爲應送達被告者蓋爲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二百零五十二條以爲主張定爲應送達告訴人者蓋亦爲使知悉其結果且以便聲請再議也至七日之期限爲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爲告訴人在刑事訴訟法上之權利其行使之人通常固爲原告告訴人但其他依法得爲告訴之人亦得爲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宜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即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酌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尙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(二五二)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有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(二五二)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爲同一被告并爲同一犯罪行爲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經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爲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爲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

此爲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爲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爲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爲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

(三) 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爲第二部五十五條所規定此蓋以牽連案件原得由法院併案受理(一五五、一七五)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山法院爲併案受理之程序也

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(即探告劾主義)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爲者則又稱曰提起公訴其性質乃爲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爲之不以判決爲之者則亦不曰起訴(參照四六一五)

第二款 起訴之條件

刑事訴訟法通義

起訴之條件爲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爲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爲形式之裁判不能爲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爲實體之裁判

起訴條件亦可分爲二種

第一 一般條件 即不問何種訴訟均須具備之條件也大致爲左列各項

- (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(參照上都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(參照三一八六)
- (四) 法院對於該案件有管轄權(參照三一八九)
- (五) 起訴權尙未消滅(參照三一七五)
- (六) 合於起訴之程式(參照三一八一)
- (七) 該案件尙未發生訴訟拘束(參照三一八二)
- (八) 須起訴未經撤回(參照三三八四)

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(三一八工)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)蓋爲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爲他罪雖行起訴於應執行之刑無重大關係

著得不起訴但應於筆錄記明之(二六一丁)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(二六一乙)此蓋爲便於檢察官得撤回起訴(二六四丁)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(二六一丙)此規定法院依聲請停止審判後檢察官應爲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爲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爲條件(二六二丁)此蓋爲使法院爲次述之處分也一罪之成立以他罪爲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(二六二乙)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(二六三丁)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）之與立嗣成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（二六三二）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爲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爲該案係欠缺處罰條件或起訴條件不宜輕爲撤回也

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次審判開始前始得爲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爲狹義爲宜只須在檢察官陳述案件要旨之前尙得爲之（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固應以書狀爲之但在審判日期即於審判將開始之時以言詞爲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爲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爲前提若不合法則該案件之訴訟拘束仍屬存在法院自應仍爲實體判決

撤回如有撤銷之原因如係因於錯誤脅迫等原因時應解爲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爲理由提起上訴

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（Rechtshangigkeit）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

訴訟拘束既為訴訟之效力故係於起訴時發生（參照民訴條例二九四）

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

（參照四六一上）

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應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為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為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為其要件（二五八下）並為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）此則相反雖為共犯如未經起訴書狀記載法院即不得審判此即告劾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為審判爲第二百五十九條所明定此即告劾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為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爲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爲起訴書狀之記載（三五八工）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爲同一事實即應以爲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爲竊盜或傷害致死起訴者法院得以爲強搶或殺人審判之檢察官以爲刑法上之普通強搶起訴者法院得以爲懲治盜匪條例之擄人勒贖審判之檢察官以爲強姦起訴者法院得以爲強盜強姦（刑法三四九）審判之又檢察官以爲係從犯或預備陰謀犯而法院得以爲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爲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斯時法院仍應爲判決故也（

參照三一八四五）

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曰審判詳稱之則為審理判決以其係以判決為最終目的故審判程序即為判決程序而對於公訴所為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為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為其應為之訴訟行為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運用

審判又有廣狹二義自狹義言之則係單指於審判日期所為之訴訟程序此為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)論如判決(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為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(參照二七九、四〇〇、四五六)

刑事訴訟法通義

三一〇

第二款 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(二五、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、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)

第三款 審判之準備

在實施本體之審判程序即於審判日期爲辯論以前尙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爲各種強制處分如拘提羈押搜索扣押等亦可謂爲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目可以適當方法為之母須履行傳喚之程序也

第二 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(二六七上) 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I) 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II) 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當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

審判日期之訴訟行為原則必於法院內之法庭為之（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為訴訟行為曰開庭（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為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（二七〇至二七二）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）始終出庭為絕對必要條件否則即為法院之編制不合法（參照三九一）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為補充推事補充推事於庭員有疾病及其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(二七三) 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（三〇五、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為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） 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

即令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

最重本刑為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為訴訟要件以外則雖選任有辯護人即不出庭仍得開始審判(參照三九一9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) 均爲審判權之作用而爲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爲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爲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) 又由受命推事爲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爲開始 (二七五) 故僅預行指定之時刻屆至尙非開始必履行此程序日期始爲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爲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目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爲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爲毋庸依言詞審理主義即得不經辯論爲之茲專就法律所規定之通常審理次序分述之如次

第一 對被告爲人之訊問

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爲審理之一部分若不履行即爲違法（餘可參看上節第一編第四章訊問被告之說明）

第二 檢察官陳述案件要旨

此亦爲第二百七十七條所規定審理之範圍雖應以起訴書狀所載爲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爲準故雖已於起訴書狀記載之被告或犯罪行爲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爲違法（參照三九二 II）又已經請求裁判之被告或犯罪行爲如遺漏審理判決其爲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(二八〇上)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(二八〇下)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爲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(參照二九〇、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) 此蓋示明自白不得以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載理由係屬違背法令(參照二九一、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） 此即標明自由心證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) 卷宗內之文件可為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(二九〇) 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(二九一) 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(二九二) 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共同被告因死亡疾病及其他事故不能再行訊問時

則可置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(二九二) 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) 此卽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卽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(八七下)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(二六九下)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(二六九二)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舉應詢問被告有無意見(二九八五)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舉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(二九八五)此亦爲被告得行使防禦權應於調查證據時爲此程序惟不必逐次爲之只一次已足審判長未爲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爲未爲

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爲辯論者此廣義也(如一八〇工、三〇三是)單稱調查證據完畢後各就事實及法律陳述意見爲辯論者此狹義也本條所稱辯論即係後義各主證爲辯論自應依此次序爲之法律雖未揭明輔佐人但輔佐人本爲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爲必要程序如不履行即爲違法但審判長只命履行已足若各主體並不爲辯論或不充分爲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爲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固爲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為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為必要程序如未履行亦屬違法又此程序只得以筆錄證之如未載明亦應認為未為(三三四、三三一〇)

第六 終結辯論

辯論為審理程序之最後部分各關係人依次為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追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) 此蓋以法律定為由審判長訊問被告證人鑑定人不過代表法院為之列席推事既為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為審判長自為受命推事亦無不可惟此究為例外訊問被告及調查證據係直接審理主義及審判公開主義原則自仍應由法院行之為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為準備程序如現時法院所謂調查庭儼然為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自仍以使當事人辯護人輔佐人在場為宜其施行結果應於審判時依法公開即其筆錄應分別依第二百八十五條或第二百八十四條辦理亦不待言

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(二九九) 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爲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爲只以其處分係屬違背程序規定者爲限不得單以不當爲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爲陳述或辯論者應解爲喪失異議權(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爲之者應經當事人之陳述且於審判時論知者應宣告之(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爲無理由者應駁回之又此裁定自得僅命記載筆錄毋庸制作八十二條及第四百十五條又辯護人輔佐人

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期者參照民訴條例一九一)然亦可稱曰開辯論

稱曰閉庭亦可(參照民訴條例二四二下、法編法五六)

辯論終結後遇有必要情形法院得命再開辯論爲第二百零三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爲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爲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爲之程序雖不宜重複爲之但認爲有此必要自亦得爲之如對於被告更爲訊問對於同一證人更爲傳質均得爲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爲第三百零四條所明定蓋法律爲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更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下)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II、刑訴法三九一12)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為開庭（參照日本刑訴法三五四）所謂更新審判程序即謂自就被告為人之訊問起（二七七）一切程序均應從新為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為仍不失其效力（參照民訴條例三二五下）故此項文件仍可於更新程序適用第二百八十五條採為證據也又於以前程序當事人及其他關係人所為之聲請或法院審判長受命推事受託推事所為之裁判或處分亦應解為不失效力例如在以前所為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為限（三二六）則諭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為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為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為違法又辯論終結後宣告判決逾十五日者亦解為應再開辯論

依上述二種情形應更新審判程序而不更新斯為違法不問當事人當庭或當時曾否聲明異議均得為上訴之

理由（三九一八）

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(三〇五)
一) 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II)抑在起訴以後亦不問其原因如使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(三一)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(二八二)又在第三審之辯論亦然(參照四〇一Ⅱ)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) 故審判時有此情形者應至有代
行審判之推事爲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(二六一
Ⅱ)

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Ⅱ)

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Ⅱ)
上述第四至第六可參看本章第三節第四款之說明

第七 犯罪是否成立及刑罰應否免除以民事法律關係爲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(三一三)此亦爲恐彼此裁判抵觸也
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

刑事訴訟法通義

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爲第三百零八條所明定乃於第三百十九條爲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)爲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論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爲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勞力費用此所謂審判開始亦應如一般爲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

凡爲訴訟行爲均須具備一定條件即以前所述之訴訟條件是判決亦爲訴訟行爲故爲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爲次述數項

第一 須本於當事人之辯論

此爲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 須已達可爲裁判之程度

故爲判決基礎之事實苟未審理明瞭自不得終結辯論逕爲判決（參照民訴條例四五二、四五二）

第三 須審理程序合法

蓋判決之前提程序爲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 1 2 3）

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爲實體判決並非爲判決之普通條件（參照三一八、三一九、三二七）

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爲準故未經起訴之被告或行爲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爲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爲判決即令判

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卽法院認定事實適用法律即不爲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爲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爲檢察官於起訴書狀及審判程序所爲之主張所拘束也

又併案起訴或併案審理之案件其得合併判決固不待言卽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

法院認爲被告之犯罪已經證明者應諭知科刑之判決(三一五) 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卽謂被告之犯罪不僅有證據足認其有嫌疑(參照三一六) 並足認其已經證明即依證據確信該犯罪係被告所爲也如達此程度則對於被告應認爲有罪而諭知科刑之判決

第二 管轄錯誤之判決

法院認爲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) 卽法院首應就管轄依職權調查(五)如認爲無事物管轄或土地管轄權卽不得爲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爲反對之主張不受其拘束更屬當然

第三 不受理之判決

法院認爲案件有左列情形之一者應諭知不受理之判決(三二八) 此示明審理時應首先調查該案件是否具備訴訟要件卽首爲程序上之審理如認有左列情形之一卽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卽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 此卽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請求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

可參照公訴權消滅之說明

(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為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(三一六) 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(三二一五)無罪(三二一六)免訴(三二一七)不受理(三二一八)管轄錯誤(三二一九)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至事實上之理由即第三百二十一條第二款所稱之事實也

(四) 署名(Unterschrift)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爲該案件之內容之事實以爲裁判不問其爲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爲宜

關於科刑判決之事實尤爲重要次述各項事實均應記載否則爲理由不備其判決爲違法（參照三九一）

(一) 爲犯罪構成要件之事實不問其爲主觀要件抑爲客體要件亦不問其爲一般要件抑爲特別要件均應記明但只須於特定爲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）則通常無須特爲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爲表明例如犯意及行爲違法性多不須特爲

表明者是

(二) 爲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) 爲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(三二二)

(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爲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(三二三)

(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爲徒刑或拘役者自應分別記明無期或刑期若干其爲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 科刑之判決者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爲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爲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爲裁判基礎之事實所由推斷之根據蓋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爲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爲止故至少須記明係依何種證據並該證據之如何

部分若僅汎稱證據權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卽爲判決不載理由乃屬違法(三九—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爲記載亦非違法

(二) 科刑時於刑法第七十六條所列事項有所審酌者其情形 卽依刑法第七十六條所列各事項以爲科刑輕重之標準者卽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爲判決不載理由自屬違法若僅係於法定刑內爲判決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定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) 此爲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爲宣告並應

爲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或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爲宣告更不待言

第三 諭知判決不以參與審判之推推爲限(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爲限故此時不適用更新審判之規定

第四 諭知之判決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(三二七) 此爲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 被告拒絕陳述者不得待其陳述逕行判決(三一〇) 此蓋以判決原則固應本於當事人之辯論爲之(二八〇工)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二百零八十四條第二百零九十八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爲陳述即爲不利於被告之判決仍應依實體真實發見主義以爲審判也

第二 最重本刑爲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)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爲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、六二、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者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(三一一) 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述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曾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尙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特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（二七〇上可）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事由 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指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尚可以為附錄記明與起訴書狀同字樣（參照三三三）

（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（參照六四下上、一一五下上、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(參照法編法二二七)

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(三三三上)

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)

上述二項規定明應由審判長或推事署名蓋章者亦與他之筆錄同特欲其行使監督權並保證其公正耳未履行此程序應認爲不致無效

第四 審判中之訴訟程序專以審判筆錄爲證(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並該程序會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爲未爲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爲違法又筆錄所載與裁判書所載不符時應以筆錄爲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爲未經履行但法律定明筆錄爲惟一證據方法者乃以其真正成立爲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爲限何謂審判中之訴訟程序即指審判日期所爲之一切訴訟行爲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爲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爲附錄之文件即筆錄載明將某文件作爲附錄附卷也例如訊問鑑定人時記明將其鑑定書作爲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爲證明訴訟程序之用

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爲最重要之訴訟資料爲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爲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爲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爲刑罰權之分化作用其主體亦屬國家不過爲便利計付與於檢察官使之代爲行使故學者恆謂國家爲公訴權之實質主體檢察官爲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即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三百三十八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)且即在提起自訴以後其原因由檢察官履行之任務雖原則應由自訴人爲之(參照三四六、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)(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)(三)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(三六一)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爲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爲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爲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爲便利計更於被害人外設有種種故在法律上得爲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爲原則許次述之人提起者乃爲例外必有法定之身分或合於法定之情形者爲限

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爲第三百三十八條第一項所明定所謂獨立自訴云者即其提起自訴

不爲被害人之意思所拘束之義乃爲保護被害人利益而設之規定也蓋此等人在公訴即得獨立告訴（二四一）則在自訴自亦以許其得獨立起訴爲宜

第三 被害人之親屬

爲被害人配偶以外之親屬得自訴者僅以被害人已死亡者爲限且此時並不得與被害人明示之意思相反（三三八）此亦爲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

第三節 自訴之條件

提起自訴亦爲訴訟行爲故關於訴訟行爲之要件及訴訟條件或起訴條件固均須具備以外法律尙設有次述條件

第一 得提起自訴之罪

提起自訴須以左列之罪爲限（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)蓋以此等人在刑事爲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(三四一)此蓋以此時不問其終結偵查之結果或爲起訴或爲不起訴更許自訴均不相宜故也

第四節 自訴之程式

自訴亦爲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爲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

自訴既爲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(三四二) 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(三四三二) 此所以謀自訴人之利益以省其重為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為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為與被告以辯明之機會也惟嫌疑頗為重大先使知悉認為不便者自亦得逕行傳喚或拘提

第二 法院認為案件有左列情形之一者應不命辯論亦毋庸判決逕以裁定駁回之(三四三) 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(三四三二)

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日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蒞視雖非法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) 此蓋已如前述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判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(三四七上) 關於撤回時期法律較之公訴限制較寬者(參照

(二六四丁) 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係直接侵害個人法益故亦特爲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) 蓋以此時可認爲係其自訴無理由逕視爲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或(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（三四八工） 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（三四八工） 擔當云者即檢察官非繼承自訴人地位而係替代其爲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爲其權利亦爲其義務

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爲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於決述條件(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尙不得提起反訴

(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尙須係由被害人自訴由以外人自訴者尙不得提起

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人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還訴誣告不必經由檢察官較爲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爲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)

(四) 須在第一審辯論終結前始得提起法律雖僅稱辯論終結自應解爲係指第一審之辯論而言

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爲之(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爲宜也

自訴雖經撤回不及影響於反訴(三五四乙)此以反訴與自訴雖爲同一程序但完全各爲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 上訴爲一種聲明不服方法 (Anfechtung) 而以撤銷更正原裁判爲目的

此點與抗告及非常上訴再審相同故其性質乃爲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

上訴與抗告雖同爲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爲之一則係對於裁定爲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爲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 (Rechtsmittelrecht) 乃於諭知判決時發生 (參照二七二) 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 (二七〇下)

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為確定即令他造當事人或共同被告曾經提起上訴亦於此造無涉也

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（參照二五八工、二六六）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為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為限即為被告利益亦得提起（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為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、三六二）

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為之不但是也即上級法院之檢察官亦得為之

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)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曾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、三七〇)

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(三六〇)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(參照三八九、四〇五二)

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（三六二）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(三二六四)故雖未於上訴書狀叙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(參照三七七上、三八三、三九七上、〇七)註)

註 第三審上訴敘述理由是非否必要程式後詳

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(參照三七七下、三九七下)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卽認爲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卽應由上訴審法院調查不過爲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爲之故應分別上訴人爲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

(一) 移審之效力 (*Devolutivefekt*)

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尚有就該上訴為裁定之權利與義務（三七七下、三九七下）但上訴審法院此時亦有為判決之權利與義務（三八三、四〇七）

(二) 停止判決確定之效力 (*Suspensivfekt*)

即判決一經上訴即不能發生確定力但此項效力為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

(三) 停止判決執行之效力 (*Aufschiebung der Vollziehung*)

判決必待確定始能執行(四七六)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三七二)(

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

當事人有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者上訴自應許其撤回（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濫職應負行政責任

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(二六七)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(二七一)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、二七七)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(三七一)此則亦爲使原審法院得知悉撤回情形而爲適當之

處置也(參照二七七下、二九七下)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(三七一上)以言詞爲捨棄或撤回者應記載於筆錄(三七一上)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(三七一上)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(三七〇上)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訟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 第二審之性質

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)第二審程次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(三)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爲全部之審認

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爲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爲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爲第一審之判決而上訴於最高法院者則仍爲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（參照三八八）

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叙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爲理由而上訴（三七六）此蓋以屬於下級法院之案件由上級法院爲第一審判決正係依第三百零九條辦理至不許其以此爲理由聲明不服也

第三節 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序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為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為限

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) 此蓋為當然之規定也 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為檢察官之職權故也

第四節 第二審審判之範圍

案件僅以上訴部分為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為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(三八〇) 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吏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 被告經傳喚無正當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三百一十一條亦爲特別規定蓋依第三百一十一條對於被告得不待其陳述逕行判決者只以最重本刑爲拘役或專科罰金之案件爲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 第二審之判決

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(三二六)免訴(三二七)不受理(三二八)管轄錯誤(三二九)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(三三三)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使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(三三四) 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以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爲無理由而駁回之

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爲判決之時（即所謂改判）通常係因認上訴有理由即係以上訴有理由爲理由時爲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爲理由時亦得爲之（三二八五下）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

撤銷原判決更爲判決時本可諭知所定第一審諭知判決之種類如認原判決諭知無罪爲不當而改判科刑判決是但法律更設有次述注意規定

（一）第二審法院認原審判決諭知不受理或管轄錯誤爲不當而撤銷之者得將該案件發回原審法院審判（三二八五下）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探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論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(三七九、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Ⅱ)

第三章 第三審程序

第一節 第三審之性質

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為法律之終審故第三審法院之審判僅以法律之點為限即專在審查原審法院判決就其所確定之事實適用法律是否正當學者謂第三審為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為理由(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為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(四〇五上) 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(四〇五下)

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為基礎不得自行調查事實(四一〇上但書) 僅以上述得依職權調查之事項為限始得自行調查事實(四〇六一)

第四 第三審法院之判決原則應不經辯論為之故其調查原審判決適用法令之當否僅得就卷宗為之即所謂書面審理惟例外始得命行辯論(四〇一二)

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（三八六）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（三三八）故此時該案件只有二審但是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（三三七）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

第三節 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設有次述規定

(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(參照二七〇II)

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抗告程序則不合於本款僅參與諭知判決時亦然（參照三二六）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（三三一、4、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認知不受理之判決而竟不論知或本無該條情形不應認知不受理之判決而竟論知之時是也

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為五年以上有期徒刑（一七〇後段）及高等法院管轄第一審之案件（一七一）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為指定之時（一七〇前段）是也前者為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筆錄證之故筆錄未載明出庭即應認為未出庭（三三二下、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爲判決之根據之時是也例如未履行第二百八十四條第二百零八十五條第二百零九十二條第二百零九十三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爲判決之根據是

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爲準(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爲準(三三八)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爲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爲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用起訴不可分及審判不可分之原則不爲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部分(三六二)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(參照二七〇五)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言爲判決基礎之時是

第四節 第三審審判前之程序

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(三九四) 此蓋以第三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) 此以使他造答辯也惟此係以該書狀曾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(一四五下)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(二九六工Ⅱ)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僅爲訓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

第四無原審法院認為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（三九七下）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為同一用意也

又此項裁定亦與該條第二項同得於五日內抗告（三九七下）

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（三九八上）

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（三九八下）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）此蓋為上訴人便利許其更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 第三審審判之範圍

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爲限卽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爲當然卽就第四百零二條第四百零三條第一項觀之亦甚明顯

但上述二點僅爲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免除調查者亦同(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予受理訴訟係不當本係違背法令(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(參照三九三)故法律特爲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爲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爲上訴理由故也(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I) 蓋第三審

法院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爲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項

第六節 第三審之審理

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爲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(四〇一二) 蓋以辯論本僅以法律之點爲限故只限於律師充任之辯護人始得爲之也

(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(四〇二二) 蓋以辯論本係就此二者爲之自以使受命推事先行調查制作報告書爲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(四〇三二) 此亦因辯論係就報告書所摘記之上訴及答辯要旨爲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(四〇三三) 此蓋以審判範圍必以上訴範圍爲

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)辯護人出庭乃為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) 此時該受命推事就調查事實所必要之一切處分自均得為之又得囑託受託推事為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 第三審之判決

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三審之特別種類分述如次

第一 駁回之判決 此又分為二種

刑事訴訟法通義

(一) 第三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(四〇七)此即以上訴不合法為理由所為駁回之判決也此等事項原審法院固亦應調查且應為駁回之裁定但第三審仍應依職權首為調查如認有此事項即應為駁回之判決餘可參看第二審之說明

(二) 第三審法院認為上訴無理由者應以判決駁回之(四〇八)此即以上訴無理由為理由所為駁回之判決也得為此項審查應以上訴合法為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目應依職權為之不為當事人之上訴及答辯意旨所拘束

第二 撤銷之判決

第三審法院認為上訴有理由者應將原審判決中上訴之部分撤銷更為判決(四〇九下前段)此為原則即第三審撤銷原判決須以該判決之上訴部分為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(四〇九下後段)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(四〇九五) 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(四一〇工) 蓋第三審撤銷原判決時自行判決(即改判)乃爲原則次述發回或發交乃爲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法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 應諭知免訴或不予受理者 此即謂原審法院本應諭知免訴(三一七)或不予受理(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(四〇六工)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爲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(免除時三一七)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 撤銷發回就發交 此又依次述情形而有區別

1 第三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) 此蓋以第二審通常雖得獨立爲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即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爲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日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複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(尤爲審判筆錄)

(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本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爲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爲之法律上判斷更審法院應據以爲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爲之指示應不受其拘束自不待言

第二編 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為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係對於判決為之一係對於裁定為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為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

得提起抗告亦為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為限即僅為受裁定之當事人及受裁定之證人鑑定人通譯及其他非常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常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

抗告亦爲意思表示故其要件及程式自應適用一般訴訟行爲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爲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卽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卽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卽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要抗告自不待言

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備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 原審認為抗告有理由者應更正其裁定認為全部或一部無理由者應於接受抗告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為實體上之審查如認為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為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 抗告法院裁判抗告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為必要時應將該案卷宗及證據物件送交(四二二下)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

又抗告法院認為必要者亦得請原審法院送交該案卷宗及證據物件(四二〇下)

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) 抗告法院認為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) 抗告法院認為抗告無理由者應以裁定駁回之(四二二)

(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

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爲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爲之并無時期之限制此亦其與上訴及抗告不同之點也

第三節 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爲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爲之

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宜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卽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稱序

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卽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與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決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爲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爲審判故再審合於條件經爲開始再審之裁定確定時法院應依其審級之通常程序更爲審判(四五六)而認爲再審有理由即認爲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爲適當之判決不過再審結果仍認爲原判決正當時則應維持之而已

現時再審制度有二派別(一)爲法國治罪法僅許對於科刑判決爲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爲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)爲德國刑事訴訟法除許對於科刑判決得爲被告利益提起外並許對於科刑判決及其他判決爲被告不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卽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卽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卽爲被告求爲較原確定判決較爲有利益之判決也其爲求諭知無罪得提起再審固不待言卽求諭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卽科刑判決內載事實所憑之證據也(參照二八二、三二四1)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卽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台於本款

(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、二六三）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道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爲理由並以書狀敘明斯爲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敘明此項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（四五二至四五四下）

（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 爲被告或受刑人不利益提起再審所用之新證據只以其自白爲限

(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爲限始許提起再審

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問係爲受刑人利益之再審或不利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)

第二節 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I)此為原則規定次述者乃為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為原確定判決之法院為之蓋以如斯辦理審判上較為便利故也

第二 案件曾上訴於第二審法院而尚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)此時定為不由為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為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為應由第二審管轄之

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除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

第三節 提起之主體

刑事訴訟法通義

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爲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爲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 爲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) 受刑者已死亡者其親屬

上所謂爲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爲公益代表既得爲被告利益提起上訴(三五八II)自應許其爲受刑人利益亦得提起再審故定爲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證明證據此亦爲必要程式至於再審不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卽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尙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)卽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I III VI)又提起再審者法院書記官應速通知他造當事人(三七四)

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不利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

提起再審僅有便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諭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—)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爲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設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) 此所謂有再審理由即指再審書狀所稱之原因事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為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

法院於爲上述裁定後得以裁定停止刑罰之執行(五四二) 此蓋以雖爲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爲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)且此項裁定得爲再抗告又此三種裁定應敘述理由乃不待言(一八二)(四二六²)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(四五六) 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(四五七下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) 蓋以此時既不能更諭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爲確鑿爲節省勞費計首許檢察官不依起訴程序而依聲請以爲追訴次許法院不依通常審判程序即不使經辯論以爲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原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爲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(四六一工)

(一) 須最重本刑爲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(四六二工)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(四六一工)至其聲請之內容則在以命令處刑(四六二工)

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（四六二五）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（四六三）蓋以檢察官此項聲請既經視爲起訴故雖認爲不得或不宜依簡易程序時亦只得逕依通常程序審判不得爲駁回聲請之裁判

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爲處刑命令必於認定事實有必要之時始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爲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爲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曾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

法院爲處刑命令時其他必要之處分亦得一併爲之(四六一II)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爲之

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諭(四六七I)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II)所謂聲請正式審判者即請求依通常程序審判也被告不被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爲合法者應依通常程序審判不受處刑命令之拘束(四七二)即認爲聲請合法者應依第一審審判程序以爲正式審判此時其審判雖係原法院爲之並得由爲原處刑命令之推事爲之但不爲原命令所拘束應自程序及實體二方面爲獨立之審判

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爲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爲有傳诉被告或調查證據之必要不逕爲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爲之即應分別依第三百十五條至第三百十九條辦理即認爲有罪亦應另行諭知科刑之判決并不能爲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爲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爲重要即以後該犯罪之起訴權即爲消滅不得更爲偵查起訴(二四三二、二四四一、三一七二)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爲該章程第四十二條所明定故下以所說明者均爲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爲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爲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)此爲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爲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為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為保護被告利益以採上述見解為宜

第二 迴避

(一) 聲請縣知事迴避應向高等審判廳為之(章程四)此不問其案件為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為特別規定也如其縣在高等分院管轄區域內者應向分院為之目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(現應為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為應行迴避之原因

(三) 高等審判廳為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爲訴訟程序仍應由刑事庭爲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爲之

（四）縣知事自認爲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爲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他承審員審理（章程八）得指定該縣知事審理者以承審員本爲其助理員也此項指定固爲行政事項應由該院院長爲之但關於應否迴避之裁定則仍應由刑事庭爲之

（六）聲請書記員迴避向縣知事爲之由縣知事裁決（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 刑事案件縣使事因告訴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發自首及現行犯不過為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要須客觀已至嫌疑程度者始可(嫌疑與證明之區別詳前)至縣知事及其後屬司法警察官本一面有偵查之職權於未開始審判前先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

縣知事審理之案件雖無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自不能因以變更也

乙 同章程就告訴及告發程序另設有規定如次述(章程一一)

1 告訴以書狀為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爲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 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

如上所述以書狀爲告訴告發時同章程雖定有制作之程式但應解爲只須依書書狀足認爲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捺簽名者自得依第一百九十二條辦理且筆錄應解爲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 此各種程序亦有應爲審判前之程序者亦有於審判中爲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(章程一二)凡正式法院審判長所爲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（參照刑訴法七二）

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

（三） 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爲之但不得非法凌辱(章程一八)此與刑事訴訟法第六十二條相當之規定雖以僅禁止用強暴但應解爲脅迫利誘詐欺及他不正之方法亦不得爲之違背者其程序亦應解爲無效至規定得相機爲訊問者乃示明訊問不僅爲使被告行使防禦權並得以爲證據方法訊問也

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)依此規定應解爲無論訊問被告證人鑑定人均應准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准用該法(參照刑訴法六四上、一一五上、一二七)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行(章程二〇上)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爲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可命承審員代行至命書記員或法警等勘驗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

勘驗筆跡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一百六十三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案件所爲之裁判其形式亦應分爲判決與裁定種兩(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)即與刑事訴訟法第一百八十三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爲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尙有次述同章程第三十三條第二項之適用

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(章程三三下II前段IV)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爲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爲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)
乙 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常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裁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(章程三一)

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(章程三二)

四三三一)

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)

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II)

(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 縣知事及承審員所為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為有更審原因者得發交更審(章程二六)

(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(條例一七)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(條例一八)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(條例一五工)

第二 覆判法院

覆判管轄法院簡稱曰覆判審(如條例八)乃為高等法院或分院(條例一工)其未設高等法院省分及特別區域之最高司法機關亦得為覆判法院(條例一五工)

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(條例二工)

(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(條例二工)

(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證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(條例二工)

(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爲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爲上訴審性質一爲覆判審性質自以分別行之爲是

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爲次述程序

(一) 發見初判有疑義事項得令原審查覆(條例四丁)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) 應分別爲左列之裁判

甲 法律事實相符或僅引律錯誤罪刑並無出入者爲核准之判決(條例四丁)其引律錯誤之點應於准核判決之理由內糾正之(條例四乙)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爲更正之判決(條例四丁2)其引律雖無錯誤無量刑失當者亦同但原處無期徒刑以下之刑而認爲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尙較輕而又本未上訴或無合

法上訴自得逕爲更正之判決但認爲應改處死刑者仍不許逕爲更正

丙 不合於上述二款情形者則爲覆審之裁定(條例四上3)有此裁定時初判判決視爲業已撤銷(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 此即謂由本法院日將被告提訊以就該案件爲第二審審判也

3 指定推事蒞審 此即謂由合議庭指定推事蒞臨原審所在地訊問被告以爲第二審審判也

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爲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爲核准之判決

乙 應核准與應更正之部分互見時應爲更正之判決

丙 應覆審與應更正之部分互見時應爲覆審之裁定

(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)此不過爲注意規定即覆審之裁定亦

以送達於被告爲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爲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) 覆判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三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經於初判時得呈訴不服於管轄第二審之法院

第八 呈送覆判中之保或釋責付

此於同條例第十二條有規定

第九 覆判判決之執行

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（四二〇一）又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(四七七下)執行權應屬於檢察官而不屬於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(四七七上但書ⅡⅢ)

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速便宜也

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)

- (二) 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
 - (三) 執行死刑應由檢察官蒞視並命書記官在場(四八二下)
 - (四) 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(四八二下)
 - (五) 執行死刑時應由在場之書記官制作筆錄(四八三下)
- 筆錄應由檢察官及監獄長官署名蓋章(四八三下)
- 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(四八四下)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(四八四下)

(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(四八四下)

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覆押者檢察官於執行時應傳喚之傳喚不到者應發捕票(四八

七五) 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ⅡⅢ)

(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)此中罰金及沒收乃爲財

產刑(參照刑法四九、五〇)罰鍰(例如九五)沒入(例如八二五)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(四九二五)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(四九二五)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)
工) 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(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諭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應執行之刑時定爲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)

(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(四)

(五) 法院接受疑義或異議之聲明應於諮詢檢察官後裁定之(五〇五上)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(五〇五下)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) 赦免此不問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 privée)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(Busse)微與此制度相似但仍係以民刑事分化為大原則其所設私訴(Priyatklage)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為寬也

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刑事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爲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乃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而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法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為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為刑事被告亦得為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為被告且對於各被告之請求主旨（應受判決事項之聲明）亦不必相同例如侵佔不動產時對侵佔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（參照民法二二三）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係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爲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爲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爲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爲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爲應行準用爲是（參照日新刑訴法五七二）

(一) 當事人能力 關於當事人適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 附帶民事訴訟本爲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爲亦然

(三) 共同訴訟及訴訟參加 此亦以無害該訴訟之附帶性爲限得準用民事訴訟法故只須爲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爲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) 訴訟行爲之遲誤 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爲限應準用民事訴訟法故如原告亡故者得由其承繼人承受訴訟於其承受前應行中斷(民訴條例二二五上、二二三上)惟刑事被告亡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 此因其本爲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 卽民事訴訟條例第四百五十五條之規定應行準用亦爲附帶民事訴訟之性質

所當然惟本於認諾之判決卽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 此亦因其爲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爲仍應適用民事訴訟法卽不許提起非常

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

此已如前述爲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

此爲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爲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私訴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訟原因既爲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尙無刑事訴訟程序自不許提起

第三 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) 起訴解爲應依第二百五十八條第一項以書狀爲之(註)惟其記載事項應依民事訴訟法乃爲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) 訴狀既爲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(參照民訴條例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爲當然

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使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

(三) 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（參照刑訴法五二三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）當事人經傳喚無正當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、民訴條例四五七上）

（七）附帶民事訴訟應與刑事訴訟同時判決但於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難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院為刑事訴訟法第五百十條所明定此蓋以其本為民事訴訟若因其審理繁難（例如請求數額計算甚難之時）改歸民事法院審理為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為之但不得抗告亦毋庸敘述理由

(九) 刑事訴訟諭 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明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大理院判例仍從一般原則解爲民事法院與刑事法院各有獨立審判權前者不受後者所爲確定判決之拘束舊刑事訴訟律亦然惟舊刑事訴訟條例則爲反對規定以關於犯罪之證明及責任爲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爲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爲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

第三節 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爲然

第三 上訴及抗告之審判

此亦應準用刑事訴訟法