





修訂三版

Criminal Procedure

刑事訴訟 法論

朱石炎 著

 三民書局



刑事訴訟法是追訴、處罰犯罪的程序法，其立法目的在於確保程序公正適法，並求發現真實，進而確定國家具體刑罰權。實施刑事訴訟程序的公務員，務須恪遵嚴守。近年來，刑事訴訟法曾經多次局部修正，本書是依截至民國九十九年八月最新修正內容撰寫，循法典編章順序，以條文號次為邊碼，是章節論述與條文釋義的結合，盼能提供初學者參考之用。本書附錄特別探討「公民與政治權利國際公約」與刑事訴訟法之關係，尤盼各界體認懲治犯罪與保障人權兩者兼顧之意旨。

法律乃善良與公平之藝術
ἡσὺς ἐστὶ ἀρετὴ βονὴ ἐτ ἀεθὺς.

ISBN 978-957-14-5393-4 (586)



9 789571 453934

NT. 650





修訂三版

Criminal Procedure

刑事訴訟 法論

朱石炎 著

 三民書局

國家圖書館出版品預行編目資料

刑事訴訟法論 / 朱石炎著. — 修訂三版一刷. —
— 臺北市：三民，2010

面；公分

含索引

ISBN 978-957-14-5393-4 (平裝)

1. 刑事訴訟法

586.2

99017623

◎ 刑事訴訟法論

| | |
|--------|----------------------|
| 著作人 | 朱石炎 |
| 責任編輯 | 高于婷 |
| 美術設計 | 陳健茹 |
| 發行人 | 劉振強 |
| 著作財產權人 | 三民書局股份有限公司 |
| 發行所 | 三民書局股份有限公司 |
| | 地址 臺北市復興北路386號 |
| | 電話 (02)25006600 |
| | 郵撥帳號 0009998-5 |
| 門市部 | (復北店) 臺北市復興北路386號 |
| | (重南店) 臺北市重慶南路一段61號 |
| 出版日期 | 初版一刷 2007年9月 |
| | 修訂二版一刷 2009年8月 |
| | 修訂三版一刷 2010年9月 |
| 編號 | S 585510 |
| | 行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號 |

有著作權·不准侵害

ISBN 978-957-14-5393-4 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。

修訂三版序

本書修訂二版於九十八年八月發行未幾，司法院即於同年十月十六日公布釋字第六六五號解釋，認為相牽連案件已繫屬於同一法院經分配予不同法官承辦而送由其中某一法官合併審理者，與憲法第十六條意旨尚無違背，並就重罪羈押條款作成限縮合憲之解釋。相隔兩月後，公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法經行政院令自同年十二月十日施行。由於兩公約施行法已將各該公約轉化為國內法，而公民與政治權利國際公約第十四條第三項明定刑事被告所享各款最低程度之保障中，有給予被告充分時間及便利與辯護人聯絡、立即受審不得無故稽延等規定，司法院率先進行制定「刑事妥速審判法」及修正刑事訴訟法第三十四條並增訂第三十四條之一相關法制作業，俾與公約意旨相符，已於九十九年五月及六月先後完成立法。本書爰針對上述情形，連同其他經發現尚需增刪之處，一併予以修訂。

此外，本書附錄二探討公約與刑事訴訟法之關係，其內容尚有充實之必要，特再修訂，提供參考。

朱 石 炎 謹識

九十九年九月

自序

顧自大學畢業以來，迄今四十餘年，曾經從事檢察、審判及法務行政、司法行政等工作，其間兼任大學教職講授刑事法課程，已逾三十寒暑。由於工作及教學所需，經常涉獵刑事訴訟法論著並探討相關實務問題，亟思編寫講義，奈因公務羈絆，時輟時續。八十九年七月十四日自公職退休後，有暇彙整資料，得以撰成本書。

依憲法第八條規定，對於人民之逮捕、拘禁、審問、處罰，均應依照法定程序行之。刑事訴訟法乃係追訴、處罰犯罪之程序法，其立法目的在於確保程序公正適法，並求發見真實，進而確定國家具體刑罰權。實施刑事訴訟程序之公務員，務須恪遵嚴守。

關於刑事訴訟模式，有職權進行與當事人進行之分，又有所謂犯罪防制與正當程序之別，前者著重於控、辯雙方地位及其與法院間相互關係，後者出自目的論取向。然而，現代各國刑事訴訟法制，咸持融合態度，採取調和模式，已無徹底的職權進行模式之存在，更無完全不顧正當程序之情形出現。邇來部分人士倡言改革，不察原委，其實我國刑事訴訟法之修正，應衡酌本國國情，以逐步淡化職權進行色彩，加強控方舉證責任，強化法庭活動，並使控辯兩造地位趨於對等為改進之方向，不可盲從他國法制，以免柄鑿不合。

本書依循法典編章順序，以條次為邊碼，係章節論述與條文釋義之結合。為求節省篇幅，引用相關判解或決議，均僅載明年份字號，不予附錄。每頁內文附註，一律隨頁列印，便利對照參考。全書力求體例創新，易於閱讀。惟坊間名著甚豐，本書祇盼能供初學者參考之用而已，尚祈先進有以教之。

按照「司法改革」預定規劃，司法院成為第三審法院，目前之最高法院應予裁撤，第三審上訴改採嚴格法律審，而第二審及再審與非常上訴程序，亦須通盤研究修正，以資配合。本書原先僅就刑事訴訟法第一編「總則」及第二編「第一審」部分，撰成上冊，第三編「上訴」程序以後各編，擬俟法律完成修正後，依新法內容續撰。然而，法制作業與立法進度未能正常運行，新法何時方能修正公布施行，委實無從預估。爰將原撰初稿重行整理，連同第一編及第二編內容併予修訂後，合為一全冊，書名改稱《刑事訴訟法論》（原為《刑事訴訟法》），送請三民書局付梓。

內子綺珍操持家務之餘，對於本書之撰成，多所策勵，並負責定稿付梓前之校對工作，併此致謝。

朱 石 炎 謹識

九十六年九月

刑事訴訟法論

目次

修訂三版序
自序

緒論1

本論9

第一編 總則11

第一章 法例11

第二章 法院之管轄21

第三章 法院職員之迴避35

第四章 辯護人、輔佐人及代理人43

第五章 文書55

第六章 送達67

第七章 期日及期間73

第八章 被告之傳喚及拘提79

第九章 被告之訊問95

第十章 被告之羈押101

| | |
|------------|-----|
| 第十一章 搜索及扣押 | 123 |
| 第十二章 證據 | 143 |
| 第一節 通則 | 143 |
| 第二節 人證 | 225 |
| 第三節 鑑定及通譯 | 239 |
| 第四節 勘驗 | 249 |
| 第五節 證據保全 | 254 |
| 第十三章 裁判 | 259 |
| 第二編 第一審 | 277 |
| 第一章 公訴 | 277 |
| 第一節 偵查 | 278 |
| 第二節 起訴 | 337 |
| 第三節 審判 | 352 |
| 第二章 自訴 | 401 |
| 第三編 上訴 | 425 |
| 第一章 通則 | 425 |
| 第二章 第二審 | 441 |
| 第三章 第三審 | 455 |
| 第四編 抗告 | 483 |
| 第五編 再審 | 493 |
| 第六編 非常上訴 | 511 |
| 第七編 簡易程序 | 525 |

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 第七編之一 協商程序 | 537 |
| 第八編 執 行 | 557 |
| 第九編 附帶民事訴訟 | 575 |
| 附錄一 刑事訴訟法小檔案 | 589 |
| 附錄二 「公民與政治權利國際公約」與刑事訴訟法之 關係 | 593 |
| 附錄三 判解索引 | 619 |

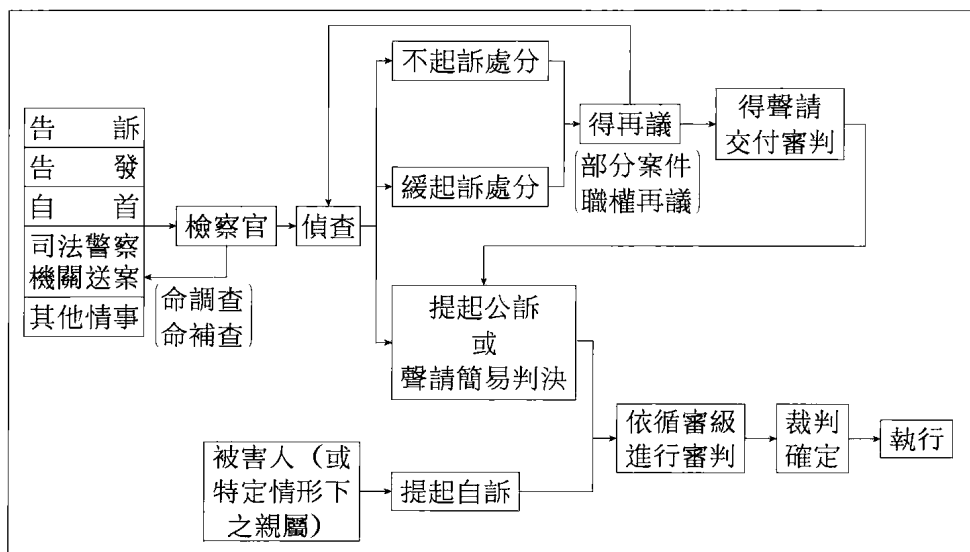


緒
論

一、刑事訴訟法之意義

刑事訴訟法（本書除需特別指明者外，一概以「本法」為刑事訴訟法之簡稱）為確定國家具體刑罰權之程序法，以發見實體真實，俾刑罰權得以正確行使為目的^❶。在形式上固為專指本法法典，從實際內容言，則有諸如少年事件處理法、性侵害犯罪防治法、調度司法警察條例、保安處分執行法等法律，所定涉及刑事訴訟程序之部分條文，亦應有其適用，所謂實質意義之刑事訴訟法者，即係指此而言。

「刑事訴訟」與「刑事程序」同義，此觀德文 *Strafprozess* 或 *Strafverfahren*，法文 *Procédure Pénale*，英文 *Criminal Procedure* 各詞即明，由於深受日本法典用詞之影響，本法雖以「刑事訴訟法」命名，實不應侷限於「訴訟」二字而謂係專指案件起訴後以迄裁判確定前之審判程序。就本法全部內容以觀，顯然包含偵查、審判、執行整個刑事程序在內。茲將刑事程序之流程，圖示如下：



❶ 見釋字 178 號解釋理由書。

二、刑事訴訟法之沿革

我國在北伐統一後，自十七年起，方有施行於全國之刑事訴訟法，歷經抗戰與戡亂，迄今已逾八十年。政府播遷來臺後，曾於五十六年一月、五十七年十二月、七十一年八月、七十九年八月、八十二年七月、八十四年十月、八十六年十二月、八十七年一月、八十八年二月、八十八年四月、八十九年二月、八十九年七月、九十年一月、九十一年二月、九十一年六月、九十二年二月、九十三年四月、九十三年六月、九十五年五月、九十五年六月、九十六年三月、九十六年七月、九十六年十二月、九十八年七月、九十九年六月數度修正。其中五十六年係通盤修正，幅度較大，而七十一年修正建立偵查中辯護制度及八十六年修正取消檢察官羈押被告之權限，並明定被告得保持緘默等保障規定，九十年一月修正建立偵查中搜索新制，九十一年二月修正加強控方舉證責任，證據調查改由當事人主導，並增訂緩起訴處分與聲請交付審判等規定，九十二年二月又作大幅修正，增訂無罪推定原則，明定違背程序蒐證之證據能力取捨，建立傳聞法則，強化交互詰問程序，推動刑事審判集中審理，自訴改採強制律師代理等，具有所謂「改良式當事人進行主義」之色彩，在刑事訴訟法制上，深具意義。九十二年二月六日公布修正、增訂及刪移之條文，合計多達一百三十三條，占本法總條數四分之一，除第一一七條之一等二十個條文自公布日施行外，其他條文定自同年九月一日施行。其後九十三年四月增訂第七編之一協商程序。九十五年六月十四日公布修正四個條文，係因配合刑法總則相關修正條文而定自同年七月一日施行。

依中央法規標準法第三章規定，法律應規定施行日期或授權以命令規定施行日期，其中以明定自公布日施行者占絕大多數。本法立法甚早，未有施行日期之條文，五十六年一月該次通盤修正，幅度較大，且其施行法亦有修正，由於當時中央法規標準法尚未制定，立法院乃於第一屆第三十八會期第二十九次會議（五十六年一月十三日院會）特為決議：「刑事訴訟法自公布之日施行。」以免對於本法生效日期產生疑義。

本法分為：總則、第一審、上訴、抗告、再審、非常上訴、簡易程序、協商程序、執行、附帶民事訴訟等十編（其中協商程序列為第七編之一），前三編尚有分章，由於部分條文修正增訂係採用第某條「之一」、「之二」方式，因此，本法末條條次雖為第五百十二條，而全文實際上，已不止五百一十二個條文。

三、刑事訴訟法之基本原則

本法對於追訴、處罰犯罪，明白規定各項程序，有其基本之原則。除於以後講解相關條文詳為闡述外，可歸納三大項，先予簡要說明其梗概如下：

(一) 刑事訴訟程序之開始

1. 國家追訴原則

國家為保障公私合法權益並維護社會安寧秩序，設置檢察機關（檢察署）及人員（檢察官），職司追訴犯罪，訴訟繫屬因起訴送審而告開始。但在告訴乃論之罪、請求乃論之罪、自訴案件等情形，或因欠缺追訴條件，或因本法兼採被害人追訴制度，致使公訴受有節制^②。

2. 不告不理原則

犯罪，必須先經追訴——公訴或自訴，然後方能開始審判，此即所謂「彈劾主義」之基本模式^③。因此，即使在法庭內當場發生之犯罪，審判長仍無權逕行審判，依法僅得由出庭之檢察官偵查，或由法院向檢察官告發。審判機關與追訴機關分立，不容出現糾問模式。

3. 起訴法定原則

檢察官代表國家追訴犯罪，如經偵查結果，認已具備客觀嫌疑及訴訟條件者，即應提起公訴或聲請簡易判決^④，以開啟刑事訴訟程序，此乃檢察官之職責所在，是為起訴法定原則。惟因刑事政策之理由，法律又於一定範圍內，容許檢察官就起訴之實益與必要性作便宜裁量而得不為追訴或

^② 參見釋字 48 號解釋，本法第二五二條第五款及第三二三條第二項。

^③ 見本法第二六八條。德諺：Wo kein Kläger, da kein Richter.

^④ 見本法第二五一條及第四五一條。

暫緩起訴，是乃起訴裁量原則^⑤。

(二)刑事訴訟程序之進行

1.司法審理原則

普通刑事訴訟，歸由司法機關偵查、審判，當事人亦應有權要求接受法院審理，此乃民主憲政國家正常體制，觀之憲法第八條第一項及第九條規定，至為明確。職司審判之法院，務須合法組成，否則，其判決當然為違背法令，本法第三七九條第一款定有明文。若因戒嚴致使非軍人犯罪而受軍事審判者，則係不得已之例外情形，惟政府對於本項原則依然盡量尊重，當年行政院曾經訂定「臺灣地區戒嚴時期軍法機關自行審判及交法院審判案件劃分辦法」，將軍法機關對於非軍人行使審判權之範圍，盡量予以縮減，足為明證。雖有偶就個案逾越該辦法而核定交付軍事審判之案例，畢竟為數不多，且不足為訓。

2.職權進行原則

刑事訴訟，與國家刑罰權之行使有關，訴訟程序一經開始，即由司法機關本於職權依法進行，訴訟標的不容自由處分，本法以檢察官為偵查主體，擁有除羈押及一般搜索以外其他一切對人對物強制處分之權限，其所為不起訴處分或撤回起訴，均須以書面敘述理由，如為裁量不起訴或緩起訴處分者，須受一定限制，不起訴及緩起訴處分均具有確定力，自訴人撤回自訴之程式雖較寬鬆，但僅以告訴或請求乃論之罪為限方可撤回，審判中被告須就其被訴事實接受訊問，在在顯現職權進行之原則。惟本法歷經修正，責令檢察官負實質舉證責任，刑事審判改採當事人舉證先行、法院依職權調查證據為輔助之模式，證人鑑定人須受交互詰問，在簡易程序及協商程序中，當事人可進行一定程度之量刑協商，被告於偵審中雖有到場義務，但得保持緘默，低收入被告納入強制辯護適用範圍，實已大幅淡化職權進行色彩，控、辯雙方地位及其與法院間相互關係，正在逐步調整。九十二年二月本法修正草案總說明謂係「改良式當事人進行主義」^⑥。

^⑤ 見本法第二五三條、第二五三條之一、第二五四條，少年事件處理法第六十七條上段及證人保護法第十四條第二項。

3. 言詞審理原則

法院對於可為裁判基礎之各種資料，必須經由訊問、陳述、調查、辯論等言詞方式進行審理，亦即基於言詞所提供者，方能採用，以期獲致正確之心證，此與後述直接審理原則互有關聯。至其例外不經審理與辯論者，則有本法第四三七條第一項、第四四四條、第四四九條、第四五五條之四第二項等規定是。他如本法第三〇七條、第三七二條、第三八九條第一項等情形，仍存有言詞辯論之機會。

4. 公開審理原則

法院進行訴訟程序，應以公開方式行之，此乃法院組織法第八十六條前段之基本規定。在刑事訴訟方面，法院如有禁止審判公開而非依法律規定者，則依本法第三七九條第三款規定，其判決當然違背法令。所指依法不公開之者，如法院組織法第八十六條但書、本法第三二六條第二項、少年事件處理法第三十四條前段、第七十三條第一項、性侵害犯罪防治法第十八條、證人保護法第二十條、國家機密保護法第二十五條第一項、智慧財產案件審理法第二十四條是。

(三) 證據之調查與採認

1. 無罪推定原則

無罪推定原則業已成為刑事司法一項普世原則^⑥，本法九十二年二月修正，鑑於僅以證據裁判原則蘊含無罪推定意旨，尚嫌不足，爰於第一五四條增訂第一項，明定無罪推定原則，以示控方須負實質舉證責任，方能推翻推定，法院從而論處被告罪刑。

2. 證據裁判原則

犯罪事實之認定，影響嫌犯個人自由甚鉅，自應經由嚴格之證明，方能定罪。本法第一五四條第二項規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」明白揭示證據裁判原則，真義在此。又本法僅就

^⑥ 見立法院第五屆第一會期第二十二次會議議案關係文書，院總一六一號，政府提案八六七〇號，政九十三頁。

^⑦ 世界人權宣言 (Universal Declaration of Human Rights) 第十一條第一項參照。

檢察官定其舉證責任（本法第一六一條），未有任何令被告負舉證責任之條文，此即無罪推定之基本立場，正與本項原則相應。

3. 實質真實原則

刑事訴訟之目的，兼求程序公正與發見真實，因此，法院必須遵循證據法則，深入探究，發見真相，據以正確認定事實，進而確定國家刑罰權之有無，與確定私權之民事訴訟有別。惟追求真實發現與踐行公正程序，兩者如何調和兼顧，涉及憲法層次人權條款，乃係刑事訴訟法上重要課題⁸。

4. 直接審理原則

法院為求形成正確心證，進而發見實質真實，對於證據之調查，必須親自直接進行審究，亦即以法官自行認知者充作裁判基礎為原則。因此，對於證據書類須踐行直接調查程序（本法第一六五條），方得採為證據，而被告以外之人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據（本法第一五九條）。凡未經顯出於審判庭之證據，不許採為判決之基礎。

5. 自由心證原則

證據之證明力由法院本於確信自由判斷，為本法第一五五條第一項所明定，是為自由心證原則。法院就調查證據之結果，在不違背經驗法則與論理法則之前提下⁹，依自由心證而判斷該項證據證明力之有無及其證明程度之強弱。大陸法系德、法、日各國皆採取之。

⁸ 在美國有所謂 Crime Control Model 及 Due Process Model 兩種模式之探討，前者側重公眾整體利益、維護安寧秩序，後者側重個人基本權利、強調人權至上。此乃美國學者 Packer 為便於分析思考刑事訴訟架構於一九六四年所提出之概念。

⁹ 見 53 臺上 2067 號判例及本法第一五五條第一項但書。



本
論

第一編 總 則

本法總則計十三章，乃係各編共通適用之基本規定，應貫穿於訴訟之各階段，凡各編未有特別規定者，皆有總則之適用。在總則編內，對於當事人定義、法院管轄權、法院職員迴避、辯護人等之參與、訴訟文書、送達、期日、期間、各種強制處分、證據法則及法院裁判之基本規範，均有詳盡周密之規定。

第一章 法 例

一、犯罪追訴處罰之根據

§1

刑事訴訟，係追訴、處罰犯罪之程序。所謂程序，即指基於一定目的循序進行一系列行為之流程而言。按人身自由為憲法所直接保障，對於人民之逮捕、拘禁、審問、處罰，均應依照法定程序行之，憲法第八條定有明文。為求確保程序之公正適法，俾能發見實體真實，進而確定國家具體刑罰權，對於辦理刑事案件所須遵循之法定程序，自應詳加規定，方能符合憲法保障人權之本旨。

本法即係規定如何追訴處罰犯罪之基本手續法，辦理刑事案件必須根據本法所定程序進行，方屬適法。本法第一條第一項定曰：「犯罪，非依本法或其他法律^❶所定之訴訟程序，不得追訴、處罰。」開宗明義揭示斯旨，充分顯示本法與憲法之密接關係。

❶ 所指其他法律，參見緒論關於實質意義刑事訴訟法之說明。

至於刑事特別法中如有訴訟程序之規定者，固應優先適用，但其情形，究非常態，倘因受時間或地域之限制而依特別法進行訴訟程序者，如於尚未判決確定前，該項原因消滅時，即應回復平常狀態而適用本法所定程序進行追訴處罰，本法第一條第三項規定，用意即在於此。

臺灣地區曾經戒嚴達三十餘年之久，自七十六年七月十五日起解嚴，動員戡亂時期國家安全法（現名國家安全法）經行政院依該法第十條之授權，令自同日起施行，凡於解嚴前受軍法審判之非軍人刑事案件尚未終結者，依該法第九條第一款規定，偵查中案件移送該管檢察官偵查，審判中案件移送該管法院審判；又依同條第二款及第三款，原案如已確定而有再審或非常上訴之原因者，得依本法向該管法院聲請再審或由檢察部門核提非常上訴，受刑人尚未執行或正在執行中者，均應移送該管檢察官依本法予以指揮執行，且該法施行細則第六章更作詳細規定，正與本法第一條第三項相符。

另有金門馬祖東沙南沙地區安全及輔導條例（已廢止）第十二條第二項規定，係配合各該地區於八十一年十一月七日解嚴而為相關銜接措施，與臺灣地區解嚴之上述情形相同。

二、刑事審判權

憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」軍事審判機關係依軍事審判法之規定行使其特別刑事審判權。就本法而言，法院基於司法權作用，以確定國家具體刑罰權為目的，對刑事案件為審理裁判之權限，謂之普通刑事審判權，茲簡析如下：

(一) 刑事審判權係對於刑事案件為審理裁判之權限

泛稱審判權，雖於民事訴訟及行政訴訟皆有關涉，然在本法，則係專指刑事審判權而言。至於附帶民事訴訟由刑事法院在刑事程序中兼行民事審判權者，此乃本法第九編之特別規定，並未變更其民事訴訟之本質。本法第二五二條第七款及第三〇三條第六款雖均謂對於被告無審判權，而不曰對於案件無審判權^②，惟按刑事案件係由被告與犯罪事實所構成，關於

審判權之有無，涉及人與事兩項因素，況在本法第二五二條前文及第三〇三條前文，皆已揭明「案件」字樣，因此，對於刑事案件為審理裁判之權，其意義實已包含對於被告其人之審判權在內。又就法院居於審判機關立場以觀，審判權固為法院對於該案進行審理裁判之權，惟刑事案件之偵查，與審判有銜接關係，凡屬歸由法院審判之案件，自應兼及檢察官之實施偵查，因此，所稱審判權一詞，有時亦可包括偵查權在內^②。

(二) 刑事審判權係以確定國家具體刑罰權為目的

民事審判在於確定私權關係，行政訴訟之審判在於定奪公法關係，而刑事審判則在於確定國家具體刑罰權之有無暨其範圍，彼此各有目的，實係三者主要區別之點。

(三) 普通刑事審判權係基於司法權作用

本法係刑事程序法，憲法將刑事訴訟之審判列入司法權範圍，係以司法權作用為基礎。至於軍事審判，祇能認為一種特別刑事審判權，前司法院長王寵惠博士函復巴西政府所詢有關我國軍法裁判問題謂：「查我國憲法第七章關於司法權之規定，未將軍事審判列入，而憲法第九條復明定人民除現役軍人外不受軍事審判，是軍事審判不在通常所謂司法權之範圍，而屬軍事機關之另一審判系統。」^④釋字 436 號解釋文有謂：「軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種」，解釋理由書引申謂：「軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，具司法權之性質……」，係就其性質而為論述，仍難認為軍事審判權屬於司法權範圍（此點尚有不同見解）。惟自軍事審判法於八十八年十月二日修正公布施行後，在平時經終審軍事

^② 本法第三九四條第三項及第四四七條第二項僅曰「審判權」，未特別敘明對於「被告」或「案件」無審判權。

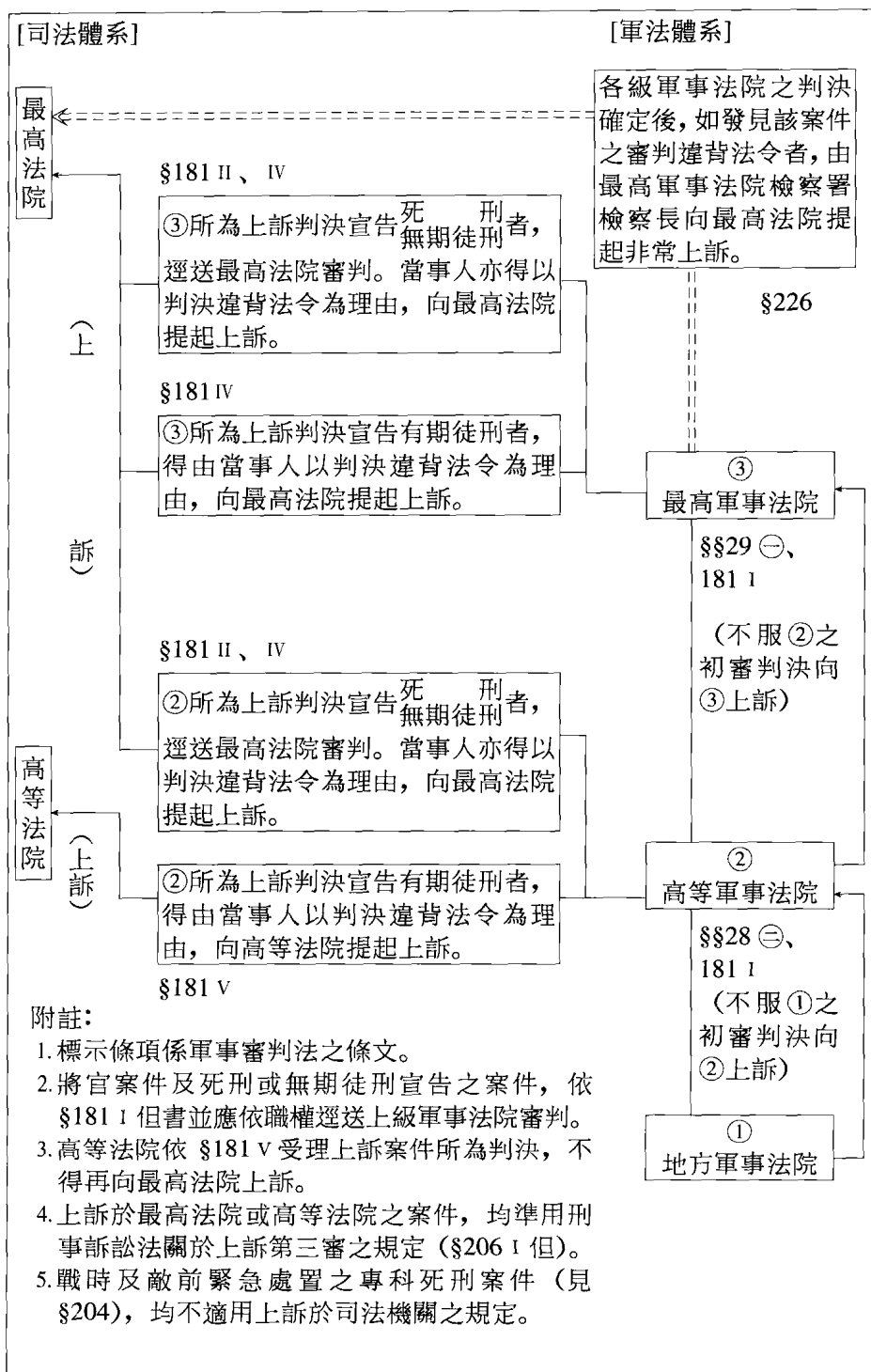
^③ 行政院四十六年十月二十六日臺 46 法字 5835 號令發政務委員田炯錦等對於戒嚴時期軍司法劃分辦法執行情形之審查意見，認為所謂由法院「審判」之案件，應包括偵查、訊問、逮捕等權在內，反之應受軍法「審判」者，即得由軍法機關行使偵查訊問權。詳載前司法行政部編印之《司法專刊》第八十期。

^④ 轉引國立中興大學五十八年九月出版《法商學報》第五期第二十七頁註三。

審判機關判決宣告有期徒刑以上之刑之案件，當事人得以判決違背法令為理由，向普通法院提起上訴，其中宣告死刑或無期徒刑者，高等軍事法院或最高軍事法院並應依職權逕送最高法院審判，且各級軍事法院判決確定後如發見該案件之審判違背法令者，亦歸最高法院管轄非常上訴。（詳見附圖）於是軍事審判所具有之司法性質，愈益明顯。

（四）普通刑事審判權由法院行使之

司法審理原則，乃刑事訴訟法基本原則之一，已詳本書緒論所述，普通刑事審判權自應歸由法院行使之。依本法第一條第一項及第二項規定，非軍人之犯罪固應歸由司法機關追訴處罰，以符合憲法第九條之規定，即使現役軍人之犯罪，除犯軍法應受軍事裁判者外，其觸犯軍法以外之罪者，仍應歸由司法機關追訴審判，可見本法對於軍人犯罪係依事物標準而定其審判權之歸屬。釋字 436 號解釋理由書謂憲法第九條之規範意旨，係在保障非現役軍人不受軍事審判，非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權而排除現役軍人接受普通法院之審判，於此可得印證。惟因國家安全法第八條第二項但書另有特別規定，使本法第一條第二項之適用範圍遭受縮限。嗣因修正軍事審判法之第二三七條規定：「國家安全法第八條第二項自中華民國九十年十月二日停止適用。」於是回歸本法之常態規定，使軍人觸犯非軍法之罪者，除戰時依軍事審判法第一條第一項規定仍歸軍事審判外，在平時一概歸由法院追訴處罰。至於陸海空軍刑法第七十六條第一項規定現役軍人「犯刑法下列之罪者」如何如何，此種情形究係觸犯軍法之罪應受軍事審判，抑或認屬觸犯刑法（即非軍法）之罪歸由司法審判，參考 93 臺非 241 號刑事判決案例（載《司法院公報》四十七卷十期），最高法院見解謂係「非純粹軍事犯」，應受軍事審判。



§2

三、有利與不利被告情形之兼顧原則

本法第二條第一項規定：實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。同條第二項更進一步規定：被告得請求前項公務員，為有利於己之必要處分。較之十年舊條例及十七年舊法均僅規定得聲請檢察官為有利被告之必要處分益見周延。

上述訓示規定，源自公正程序 (fares Verfahren) 與照顧義務 (Fürsorgepflicht) 之要求。現代刑事程序，雖已不採糾問模式，惟辦案人員易受職業性格之影響，對於被告難免仍有成見，本法爰予提示利與不利兼顧原則，促使為同等之注意，以期發見真實，毋枉毋縱。該條稱實施刑事訴訟程序之公務員者，指司法警察人員、檢察官及辦理刑事案件之法官而言⁵。該條稱被告者，係指涉嫌犯罪被偵審者而言，本法第二二九條至第二三一條早已有「犯罪嫌疑人」字樣，迨七十一年八月修正建立偵查中辯護制度並增訂司法警察人員得通知嫌犯到場詢問等規定後，案件尚未移送檢察官偵查前稱曰犯罪嫌疑人，經檢察官開始偵查後稱曰被告，區別益見明顯。（其實在偵查中尚未起訴，亦應以犯罪嫌疑人相稱，方為正確，將來修法宜予通盤檢討。）因此，本法第二條所謂被告，應解為包含犯罪嫌疑人在內。又同條第二項謂被告得請求前項公務員為有利於己之必要處分者，應不限於法條明文規定得為聲請之事項，凡屬利己之請求，皆得提出，而准許與否，仍屬該管公務員之職權也。

§3

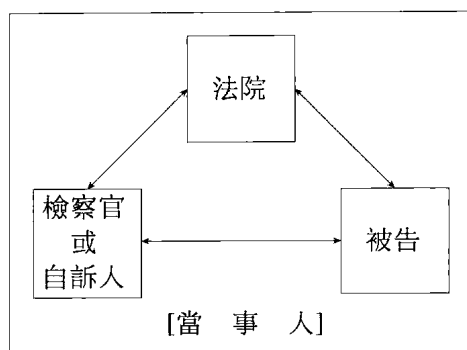
四、刑事訴訟之當事人

◎概 說

刑事訴訟，係法院與當事人間，以及當事人兩造相互間，三方面之關係（如圖示）。在彈劾模式中，法院及當事人，皆為訴訟主體，法院職司審理裁判，而訴訟當事人則包含原告與被告兩造，依本法第三條規定，即：

⁵ 法官於本法第四七〇條第一項但書情形，亦得辦理刑事執行。檢察事務官依法院組織法第六十六條之三規定視為本法第二三〇條第一項之司法警察官。

檢察官、自訴人（此二者為原告）及被告是也。



檢察官之職權，法院組織法第六十條規定甚詳。檢察官執行職務，於處理個別案件時，本其確信見解及專業素養，自行採擇一切措置，並自負其責（長官監督乃另一問題），具有決定國家意思並表示於外部之權限。但在檢察系統內部，則須遵循檢察一體原則。由於本法第三條係就訴訟當事人所為立法解釋，實施偵查及辦理刑事執行事務之檢察官，均非訴訟主體。

自訴人，即犯罪直接被害人或本法第三一九條第一項但書所列之人，委任律師逕向管轄法院起訴者是也。自訴相關事項，容後論述。

被告，乃經起訴（公訴或自訴）被控告之人。因當事人為訴訟主體，已如前述，從而，茲所指被告，與第二條有別，應解為不包括檢察官偵查中之被告在內。

論述訴訟當事人時，尚須討論當事人能力與訴訟能力兩項相關問題：

(一)當事人能力

謂於刑事訴訟程序中，依法可充作訴訟當事人之能力，亦即得為起訴者（原告）或被訴者（被告）所須具備之一般資格，乃訴訟條件之一，如有欠缺，構成不受理判決之事由。茲分述如下：

1. 檢察官

檢察官具有公務員身分，其任用與配置，依司法人員人事條例及法院組織法有關規定，不發生欠缺當事人能力之問題。

2. 自訴人

自訴人或為合法成立之法人，或為自然人，皆具有法律上之人格，均得委任律師提起自訴。惟本法特別要求其須係犯罪之直接被害人，如財產法益受害時，須為所有權人或管領權人，方稱適法。至若非法人團體，本法不認其得提起自訴。

3. 被告

被告即可疑為刑罰權對象之人，凡為自然人者，皆得充作被告，遇有欠缺責任能力時，法院應否停止審判或諭知無罪，均係列名被告經起訴後之審判事項（訴訟行為或有責性問題），非謂其無被告之當事人能力。法人為被告，須以法律有明文規定為前提^⑥，否則欠缺當事人能力。政府機關或非法人團體，更無被告當事人能力可言。

(二) 訴訟能力

謂獨立實施（施與受）訴訟行為能發生法律效果者所須具有之能力，又稱訴訟行為能力。應以有無意思能力為斷。

1. 檢察官

檢察官依法執行職務，不生欠缺訴訟能力問題，萬一發生變故，可隨時運用檢察一體而將事務移轉於他檢察官處理。

2. 自訴人

自訴人為自然人時，如係本法第三一九條第一項前段所指「犯罪之被害人」，須以有完全行為能力為前提^⑦，否則，雖有當事人能力，由於欠缺訴訟能力，無從為有效之起訴行為，應依同條項但書規定，由該被害人之法定代理人、直系血親或配偶（此等人當然須有完全行為能力方可）具名提起自訴。

^⑥ 指採取兩罰規定之法律而言。

^⑦ 提起自訴之犯罪被害人必須具有完全行為能力（參見最高法院六十五年度第五次刑庭庭推總會決議），此點究係當事人能力抑或訴訟能力問題？值得思考。如為告訴，祇須有意思能力即足，見 72 臺上 629 號判例。

自訴人為法人時，本身無所謂意思能力，實例認為應由其合法代表人，代表該法人實施訴訟行為（院 1394、1480 號解釋及 27 上 946 號判例）。

3. 被告

被告為自然人時，祇須具有意思能力，能為自己辯解防禦，即可謂有訴訟能力。

限制行為能力人並非絕無訴訟能力，若於訴訟能力有所欠缺，法院應審酌需否停止審判或准由輔佐人提供輔助。

惟訴訟能力雖可包含辯論能力，而有訴訟能力未必皆有辯論能力，如第三審法院行言詞辯論時，非律師即無辯論能力（本法第三八九條）。

被告為法人時，因兩罰規定皆屬專科罰金之罪，得委任代理人到庭（見本法第三十六條），如未委任代理人時，應如何實施訴訟行為，尚無判解可循，實務上係由法人之代表人或從業人員到庭陳述，於法究嫌無據⁸，亟待連同前述法人提起自訴之訴訟能力問題一併考慮修法增訂條文，以謀解決之道。

⁸ 日本刑事訴訟法第二十七條立法例可供參考。

第二章 法院之管轄

一、管轄權

(一) 意義

歸由司法審判之刑事案件，依其性質、審級、地緣因素而分配予各該法院，稱此分配曰法院之管轄。按照分配而就具體案件取得審理裁判權限之法院，即係有管轄權之法院，稱曰管轄法院。

(二) 與審判權之區別

關於刑事審判權之意義，已詳前述（見 §1 二），與管轄權對照，前者抽象、概括，後者具體、個別。有審判權未必具有管轄權，而有管轄權則必然具有審判權。法院辦理刑事案件，對於審判權之有無，乃首要調查事項，倘若無審判權，在檢察官應為不起訴之處分，在法院應諭知不受理之判決（本法第二五二條第七款、第三〇三條第六款）；如係無管轄權，則其處理方式在檢察官應向該管檢察官為通知或移送，在法院應諭知管轄錯誤之判決（本法第二五〇條、第三〇四條及第三三五條）。假設無管轄權之案件且係無審判權時（例如被告為軍人），因其既已欠缺首要之審判權，即無具體分配歸由何一法院管轄之可言，此際無須移送或判決管轄錯誤，應以無審判權為理由，逕予不起訴處分或判決不受理。

(三) 管轄之層級

法院自初級而上級，依法院組織法分為地方法院、高等法院、最高法院三個層級，前二者並得設分院。訴訟程序歷經初審以迄終審，依訴訟法分為第一審、第二審、第三審三個階段。現行制度，以三級三審為原則^①，任何案件均自第一審開始，而第一審管轄權是否全部屬於初級之地方法

① 例外情形見本法第三七六條、第四五五條之一及之十。

院，分設於各地之同級法院間彼此如何分工，自應有其基準，俾能據以分配。

二、事物管轄

本法第四條明定事物管轄之基準，即刑事案件第一審管轄權並非全部屬於地方法院，必須依案件之性質而定其歸屬如下：

(一)地方法院於刑事案件有第一審管轄權

是為原則。

(二)高等法院於內亂罪、外患罪、妨害國交罪之刑事案件有第一審管轄權

本法斟酌此類案件之性質，鑑於為害嚴重，爰將其第一審管轄權歸屬於高等法院。此外，犯殘害人群治罪條例之罪者，依該條例第六條規定，其第一審亦由高等法院管轄之。

惟本法第四條第二款所指「外患罪」之範圍如何界定，刑法分則第二章以內所定之犯罪行為是否全屬外患性質，與被告審級利益相關，宜予從嚴認定。按釋字 96 號解釋對於列入刑法分則第四章瀆職罪章內之行賄罪性質問題，認為刑法第一二二條第三項之行賄行為，性質上不屬於瀆職罪，該條將行賄與受賄並列，乃為立法上之便利。由此可知，犯罪性質之認定，非可專以刑法分則章名為準。茲查刑法外患罪章內第一〇九條第一項之罪及其未遂犯、預備犯、陰謀犯，第一一〇條、第一一一條、第一一二條之罪，均係單純妨害國防祕密，未必涉及敵國或外國，僅因立法上之便利而予列入該章，能否遽認致貽外患，顯有疑義，且刑法修正草案總說明，亦認「宣洩國防機密行為，並非均與外患罪有關，自不宜勉強納入外患罪章……」，是其性質恐難認為屬於外患罪。若然，則單純宣洩國防祕密罪之案件，其第一審管轄權之歸屬，宜解為並無本法第四條第二款之適用。實例對於妨害軍機治罪條例（現已廢止）案件，曾認該條例係外患罪之特別法而謂依本法第四條第二款規定應由高等法院管轄第一審，此項見解不無商榷餘地^②。

^② 前臺灣臺北地方法院士林分院 83 重訴 13 號刑事判決。

三、土地管轄

§5

(一)概 說

刑事案件之第一審管轄權，先依本法第四條定其歸屬究為地方法院抑或高等法院以後，由於地方法院及高等法院均分設各地，在各地同級法院之間，即有待於更進一步定其分工，方能產生某一案件之該管法院。本法第五條緊隨第四條之後，以地緣因素為分配基準，稱曰土地管轄。須注意者，第四條事物管轄及第五條土地管轄，皆在解決第一審管轄權之歸屬問題，關於上訴、抗告、再審、非常上訴等案件，其管轄權於本法相關編章中另有規定（見本法第三六一條、第三七五條第一項、第四〇三條第一項、第四二六條、第四四一條、第四五五條之一第一項及第四項）。

(二)依本法規定

本法第五條第一項規定：「案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄。」

(三)各類地緣基準

其就地緣因素考量分配之基準如下：

1. 犯罪地

此乃犯罪事實發生之地，蒐證便利，且永不變更。犯罪地一詞，參照刑法第四條之規定，解釋上自應包括行為地與結果地兩者而言（72 臺上 5894 號判例）。至於各種犯罪態樣之犯罪地（如不作為犯、繼續犯……等），應依刑法原理並參照相關判例^③而為認定。

2. 被告之住所、居所地

刑事訴訟程序雖無如民事訴訟所謂「以原就被」之原則，惟案件如由被告住居所當地法院管轄，對於訴訟程序之進行較為便利。關於住所、居所地之認定，悉依民法相關規定。起訴後住居所如有變更，對於受訴法院之管轄權不生影響。

^③ 參見 28 上 649、70 臺上 5753 號判例。

3. 被告之所在地

此即被告被起訴當時所在之地，係以起訴時為準。起訴後如有變更，不影響受訴法院之管轄。被告究竟因何緣由而在該地，並非所問，即使遭受強制處分所致，仍不失為所在地（院 1247 號解釋）。

以上三者，係按照本法第五條第一項規定文句依序列述，雖未必有順序之分^④，而就此三種地緣因素以觀：1. 係犯罪已然發生之地，永久不變，最為固定；2. 有變更之可能，其中居所又較住所易於變更，列為次要；3. 則隨時可變，列為最末考量。可見未嘗無排列先後之含意。

關於被告所在地問題，尚有可供研討者：檢察官實施偵查，受檢察一體原則所支配，依法院組織法第六十四條規定，可由上級檢察首長命令，將甲地該管案件移轉於乙地之檢察官辦理，不受土地管轄限制，惟如偵結起訴而乙地法院無管轄權者，仍須向甲地法院起訴^⑤，倘若該案因移轉偵查致使被告遭受強制處分（移押）而造成其身任在乙地之事實，此種情形，如仍允許乙地檢察官以「被告所在地」為由而向乙地法院起訴，無異任由原告（檢察部門）藉所謂「某某專案」為名而刻意製造管轄基點，實為濫權破壞土地管轄基本原則。

本法第五條第二項規定，在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，此種案件除依同條第一項所定土地管轄基本原則外，其船艦本籍地、航空機出發地或犯罪後停泊地之法院，亦有管轄權。此一規定，係配合刑法第三條國家想像領域內犯罪案件而設，其犯罪地在國家真實領域之外，無從定當地法院所在，而行為人又未必在國內有住居所，適用本法第五條第一項時，可能遭遇盲點，爰明定同條第二項所列各該地之法院亦有管轄權，以期周密。

^④ 德國刑事訴訟法第七條至第十條 a，依各種不同地緣因素定案件之土地管轄，於第七條首先規定「犯罪地」，而於同條第二項但書及其次各條，如被告住所、居所、逮捕地等法院，均採用「亦」（auch）有管轄權之用語，寓有第七條為主而以其餘各條為補充之意。

^⑤ 見院 63、598、1872 各號解釋及 30 聲 16 號判例。

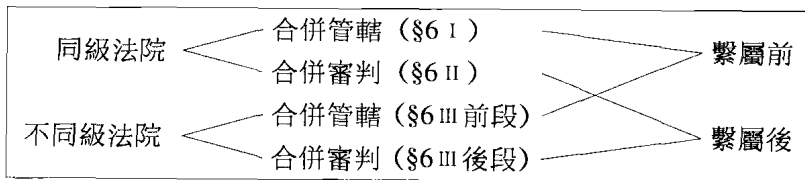
四、管轄之牽連

§6

§7

(一)概 說

相牽連之數個案件，依本法第四條、第五條定其管轄，如果分散在各個法院時，即生管轄之牽連，為求避免重複調查事證之勞費及裁判之歧異，以達訴訟經濟及裁判一致性之要求，可依第六條規定，考慮作下列合併：



上述合併，須以相牽連之案件為對象，數個案件如非相牽連者，即無合併之實益。

(二)相牽連之意義

所稱相牽連^⑥之案件，於本法第七條定有立法解釋，係指下列情形之一者而言：

1. 一人犯數罪
2. 數人共犯一罪或數罪

稱共犯(此處共犯二字係動詞)，依立法當時之刑法總則第四章規定，原即包括正犯、教唆犯、幫助犯三者，該章雖經修正，惟本條第二款及本法其他定有「共犯」字樣之條文(見 §§34, 76, 88 之 1, 101, 105, 135, 156, 239, 245, 455 之 7) 仍應依向來之詮釋。本書在其他條文中不再贅述。

3. 數人同時在同一處所各別犯罪

此即學理所稱同時犯(Nebentäterschaft)，各人之間並無犯意聯絡，係於同時同地各自實行犯罪，不構成共犯關係，無法納入上述 2. 以內。例如

^⑥ 與本法所稱「相牽連」案件相當者，德國刑事訴訟法調 Zusammenhang，日本刑事訴訟法調關連事件。本法雖未如德日之有依檢察官或被告聲請合併等規定，惟如經彼等提出聲請時，應有促使職權發動之效果。

數人同時在某一災害地點各別犯刑法第三二一條第一項第五款乘災竊盜罪是。

4. 犯與本罪有關係之藏匿人犯、湮滅證據、偽證、贓物各罪

此等與本罪有關係之各罪，在學理上有事後共犯關係，惟刑法不承認「事後共犯」，因此無法納入上述 2. 以內。

按刑事案件包含被告及其犯罪事實，依此二者而定案件之為一案或數案。申言之，一名被告及其一個犯罪事實^⑦，成為一案；被告有二名以上，或犯罪事實有二個以上，或被告與犯罪事實均有二個以上，或有本法第七條第四款情形者，均為數案^⑧。上述案件相牽連之各種情形，均係數個案件，本可分別歸由各該有管轄權之法院辦理，法律之所以規定合併管轄或合併審判，無非基於訴訟經濟與程序便利之考量，第六條各項均定曰「得」合併，需否合併，可由法院為適當裁量。惟第六條第三項關於不同級法院間相牽連案件之合併，涉及被告審級利益，上述 3. 同時犯之情形，其數案間之關係各別，尚不及學理上事後共犯之關聯程度，如有事物管轄不同者，應以避免合併為妥，本法第六條第三項但書特予排除，其理由在此。

(三) 實務暨實例說明

關於管轄之牽連及其合併，已如上述。茲尚有下列各點，併予說明：

1. 相牽連案件之合併管轄或合併審判，須以各個案件審判權之歸屬相同為前提，否則無從合併（院 1618 號解釋）

例如軍人與非軍人共犯某罪，而該軍人依法應由軍法機關追訴審判者，雖依本法第七條第二款為「數人共犯一罪」之相牽連案件，由於彼此審判權歸屬有別，即無本法第六條之適用。

⑦ 犯罪事實是否僅有一個，須依實體法認定之，裁判上一罪之刑罰權僅有一個，如被告僅有一人者，即與本法第七條第一款一人犯「數罪」之情形不符。

⑧ 學理上分為三種型態：人的相牽連 (persönlicher Zusammenhang)，事的相牽連 (sachlicher Zusammenhang)，混合的相牽連 (kombinierter Zusammenhang)。

2.相牽連之甲乙兩案，如欲使乙案與甲案合併管轄時，須以對甲案得以起訴為前提，否則，未來既無合併審判之可能，即不許專就乙案向甲地法院單獨起訴

例如張三居住臺北，在臺中另有房屋一棟，專供收藏古董之用，張三之子張四（同住臺北）與其臺中友人王五，在臺中共同竊取屋內古董一批，事發後，案移臺北方面偵查，旋經張三對其子張四部分撤回告訴，此際即不許專就王五竊盜案件向臺北法院起訴，應向臺中法院起訴方為合法。惟如案繫臺北法院後張三始撤回告訴，其子張四部分雖不受理，而王五部分則仍由臺北法院審判，合併管轄以起訴時為準，既經依法合併起訴，張四部分縱未能獲致有罪判決，對於王五部分並無影響。

3.相牽連案件繫屬後之合併審判，以裁定行之

此應由法院依職權處理，無須當事人聲請或徵詢其意見。如於裁定合併後發現非相牽連者，對於原擬併入部分，仍應為管轄錯誤之判決。又第六條第二項所稱「共同之直接上級法院」，謂在審級上之共同直接上級法院，例如基隆與新竹同屬臺灣高等法院管轄，該院為基隆與新竹兩地地方法院之共同直接上級法院；而基隆與臺中分屬臺灣高等法院與該院臺中分院管轄，在審級上分屬兩個直接上級法院，分院管轄之下級審法院，不得以高等本院為其直接上級法院，此際即以最高法院為共同之直接上級法院（其他條文中「直接上級法院」一詞含意同此）。

4.相牽連案件之合併審理，以各案均在判決前者為限，否則，並無合併實益，應由該管法院本其權責予以審判（院 948 號解釋及 22 上 1804 號判例），不得合併

(四)相牽連案件於同一法院內不同法官間之合併審判

相牽連案件分別繫屬於數個有管轄權之不同法院時，得以裁定送由其中某一法院合併審判，已如上述。至於相牽連案件已繫屬於同一法院經分配予不同法官承辦時，如依該法院法官會議或庭務會議所訂內部事務分配之一般抽象規範，類推援用本法第六條意旨，而送由其中某一法官合併審理（實務上常見後案併前案）者，業經釋字 665 號解釋予以肯定，認為並

未違反學理所稱「法定法官原則」，即與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨無違。

§8

五、管轄之競合

(一)原則與例外

同一案件繫屬於有管轄權之數法院時，即產生管轄之競合問題，應明訂其解決方法，以免各法院皆作成實體判決，發生雙重處罰或結果兩歧現象。依本法第八條規定，其解決之道：應由繫屬在先之法院審判，是為原則；但經共同之直接上級法院裁定，亦得由繫屬在後之法院審判，是為例外。茲所謂同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，於第八條條文雖未有數「同級」法院字樣，惟參照最高法院十七年解字 228 號解釋（當時尚無司法院解釋），實係指數同級法院而言，如同一案件分別繫屬於高等法院及地方法院時，即不問繫屬之先後，當然應由高等法院審判⁹。

(二)不得為審判之處理

同一案件管轄競合經依上述方法定其應為審判之法院後，別院即不得為實體審判，惟訴訟繫屬既已發生，必須以判決消滅繫屬，因此，不得為審判之法院應從程序上依本法第三〇三條第二款或第七款為不受理之判決，此點與本法第六條合併裁定並未消滅原案訴訟繫屬者有別。

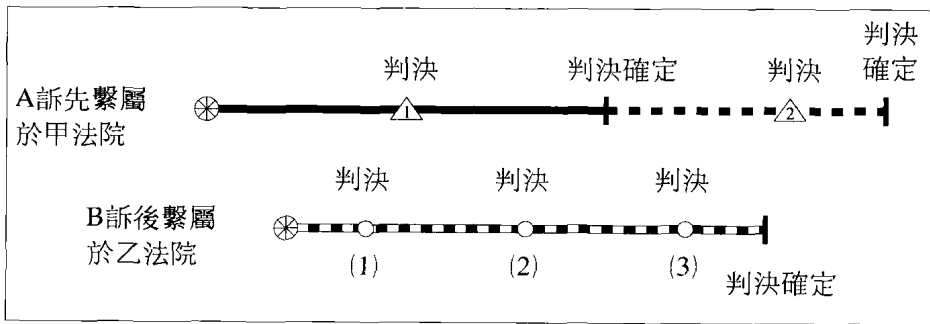
(三)實例說明

稱同一案件，指被告及犯罪事實均屬相同者而言。兩者有一不符，即係個別不同案件，除有相牽連情形得合併審判外，本應各別辦理，不生管轄競合問題。關於被告是否同一，較易辨別，惟須注意冒名、假名之情形。關於犯罪事實是否同一，應從所訴事實內容予以判別，非可專以罪名是否相同為準（46 臺上 1506 號判例），且事實是否同一，除實質上一罪易於辨別外，尚須注意有無裁判上一罪之情形。

關於裁判上一罪之同一案件管轄競合者，例如：張三教唆流氓殺害李

⁹ 日本刑事訴訟法第十條、第十一條就事物管轄不同或相同者分別規定其管轄競合之解決方法，甚為明晰。

四及王五，結果一死一傷，各人居住於不同地區，且張三之教唆行為地與李四、王五之被害地亦不相同，就張三而言，雖有教唆殺人既遂及教唆殺人未遂之分，依 37 上 2257 號判例，乃一行為觸犯二罪名，係想像競合犯，在實體法上祇有一個刑罰權，亦即裁判上一罪。倘若被害人李四親屬以及王五向不同地區之甲、乙兩地法院分別訴究，無論是否均係經由檢察官提起公訴，或係公訴自訴互見，均發生 A、B 兩個訴訟繫屬，表面觀之，A、B 兩訴所控罪名不同，從刑法裁判上一罪而論，仍屬同一犯罪事實，於是形成同一案件繫屬於有管轄權之數法院的競合情形，應依本法第八條規定，定其應為實體審判之法院。茲就此一舉例，說明其管轄競合之處理結果如下：



1. A 訴已繫屬於甲法院在先，甲法院即係應為實體審判之法院，自應使其進行如常

△表示甲法院判決之第一時點，△表示假設之第二可能時點。

2. B 訴與 A 訴，乃同一案件，B 訴繫屬於乙法院在後，乙法院不得為實體審判，應分別情形，為下列判決

(1) 第一時點甲法院尚未判決

乙法院應依本法第三〇三條第七款為不受理判決(如於同一法院先後繫屬者引用該條第二款)。

(2) 第二時點甲法院已判決，尚未確定

乙法院仍應依本法第三〇三條第七款為不受理判決(如於同一法院先

後繫屬者引用該條第二款)。

(3)第三時點甲法院實體判決已經確定

乙法院應依本法第三〇二條第一款為免訴判決(如於同一法院先後繫屬者亦同)。

(4)上述(1)至(3), 乙法院如誤為實體判決

須循上訴或非常上訴程序予以糾正, 分別改判不受理或免訴。

3. △ 情形特殊

在正常狀況下, A 訴本應由甲法院為實體判決, 詎料 B 訴竟由乙法院先行實體判決確定, 此際依釋字 47 號解釋, 基於尊重既判力及訴訟經濟之考量, 甲法院於假設第二可能時點, 反而必須為免訴判決, 使乙法院之確定判決得以維持。

4. 以上所述各項處理情形, 其相關判解

釋字 168 號解釋, 60 臺非 173 號判例, 最高法院五十一年三月十九日民刑庭總會第二案決議。

管轄牽連與競合之比較, 可列表說明如下:

| 類 別 項 目 | 管轄之牽連 (本法第六條) | 管轄之競合 (本法第八條) |
|------------|----------------------|------------------------------------|
| 基本性質 | 相牽連案件——數案件 | 同一案件——一案件 |
| 法院級別 | 同級與不同級分別明定 | 僅指同級法院 |
| 繫屬情形 | 繫屬前繫屬後均有適用 | 解決繫屬後之競合問題 |
| 處理原則 | 得合併 | 必須歸併其一 |
| 處理方式 | 其合併, 以裁定行之。合併後仍為數案件。 | 不得為實體審判之法院, 應以形式判決終結該案, 無須另為裁定。 |
| 訴訟關係 | 裁定合併後仍待判決 | 不得為實體審判之法院, 其因繫屬所生訴訟關係, 經形式判決而告消滅。 |
| 目的考量 | 為求訴訟程序之便利 | 避免一事產生雙重實體判決 |
| 違反效果 | 即使未合併亦無影響 | 如有雙重實體判決必須依法定程序救濟 |

六、指定管轄

(一)原因

依本法第九條第一項規定如下：

1. 數法院於管轄權有爭議者

包括互相推諉或互相爭取管轄權，即消極或積極爭議兩種情形(negative oder positive Streitfall)。

2. 有管轄權之法院經確定裁判為無管轄權，而無他法院管轄該案件者

按法院對於有管轄權案件誤判管轄錯誤而移送於他法院者(見本法第三〇四條及第三三五條)，依本法第三七九條第四款規定，其判決當然為違背法令，固可據為上訴第三審之理由，倘該判決已告確定，原案既可由他法院管轄、審判，尚無提起非常上訴之必要，惟如別無他法院可管轄時，即應設法指定管轄(仍得以當初誤判管轄錯誤之原法院為指定對象)，以資救濟。例如有管轄權之法院對某自訴案件誤為管轄錯誤之判決確定，由於未經自訴人聲明(本法第三三五條)，該判決並未諭知移送，原案如別無他法院可管轄時，即需指定管轄。

3. 因管轄區域境界不明，致不能辨別有管轄權之法院者

(二)指定權

1. 由直接上級法院指定之。

2. 如不能依本法第九條第一項及第五條規定以定其管轄法院者，則由最高法院指定之。

此種情形，參照 31 聲 29 號判例，係指關係之數法院各有其直接上級法院，不相統屬，不能由其中一個直接上級法院予以指定；或被告在國內無住居所，其犯罪地亦不在刑法第三條所定我國領域內，無從依土地管轄以定其管轄法院者而言。

(三)指定方式

以裁定行之，不得抗告。如該案已判決，即不生指定管轄問題，當事

人認判決違誤者，可循上訴救濟。

(四)聲請指定

另詳 §11。

§10

七、移轉管轄

(一)原因

依本法第十條第一項規定如下：

1.有管轄權之法院因法律或事實不能行使審判權者

按本款原因，參照原始立法理由，例如某法院法官員額僅三名而均須迴避或其中一人迴避餘二人不足組成合議庭（31 聲 24 號判例），或法官皆罹疾病一時不能執行職務，因而認有移轉管轄之必要¹⁰。惟此種情形在實際上可採取人事調度方式謀求解決，本款幾無適用之機會。

2.因特別情形由有管轄權之法院審判恐影響公安或難期公平者

按審判獨立本不受任何干涉，本款所謂特別情形，須審酌該法院依其環境上之特殊關係，又所謂難期公平，須有具體情事可憑，適用上甚為嚴謹（20 抗 60 及 21 聲 1 號判例）。昔日法制尚欠健全，軍人尤其跋扈，曾有法院處於軍隊勢力範圍之下，深恐審判影響公安或難期公平之實例（19 聲 32 號判例），如今難以想像。

(二)核定權

- 1.由直接上級法院核定之。
- 2.如直接上級法院不能行使審判權時，由再上級法院核定之。

(三)移轉方式

以裁定將案件移轉於該直接上級法院管轄區域內與原法院同級之他法院。此項裁定不得抗告。如案件已判決，即不生移轉問題。

¹⁰ 實例謂第二審法院與第一審法院間沿途發生匪患，因之無法解送被告，在事實上第二審法院不能行使審判權，應移轉管轄（最高法院二十五年四月七日民刑庭總會決議）。

(四)聲請移轉

另詳 §11。

八、指定或移轉管轄之聲請

§11

法院為管轄之指定或移轉，均不以經當事人聲請為限（院 923 號解釋），惟依本法第十一條規定，當事人有聲請權，其方式須以書狀敘述理由向該管法院為之。稱當事人，依本法第三條規定，以檢察官、自訴人、被告為限。告訴人或告發人均無聲請權，如有意見，僅得向檢察官陳述，如有必要，可由檢察官提出聲請。稱該管法院，係指直接上級法院或最高法院而言（見 34 聲 11 號判例）。

法院除得依職權逕為指定或移轉管轄之裁定外，對於當事人之聲請，認為合法且有理由者，自應以裁定為管轄之指定或移轉，如認聲請為不合法或無理由者，即應為駁回之裁定，當事人不得抗告。

九、欠缺管轄權及逾越轄區等問題

§§12~

16

(§15 後
述)

審判權及管轄權之意義，已詳前述（見 §1 二及 §4 一）。

凡法院有普通刑事審判權之案件，從具體、個別立場而言，某一法院對於某一案件雖無管轄權，但其既非無審判權，則其所進行之訴訟程序，究難謂為無效。

本法第十二條規定：訴訟程序不因法院無管轄權而失效力。舉凡合法蒐集調查之證據，或已經實施之對人、對物各種強制處分，均不因該法院於事後論知管轄錯誤判決而失其效力，甚至無管轄權法院誤為本法第三〇四條以外之判決者，其判決仍屬有效，得為上訴或非常上訴之對象。

又，實質真實原則乃本法基本原則之一（見本書緒論），而蒐證等發見真實所需之必要處分，務須掌握時機，稍縱即逝，本法爰於第十三條及第十四條，分別規定：法院因發見真實之必要或遇有急迫情形時，得於管轄區域外行其職務。法院雖無管轄權，如有急迫情形，應於其管轄區域內為必要之處分。此等規定，旨在證據之保全。又檢察官祇能在其所配置之

法院管轄區域內執行職務(院 2790 號解釋),惟偵查階段之蒐證工作尤其重要,證據是否齊全,對於追訴審判有關鍵性之影響,本法特於第十六條明定上述第十三條及第十四條之規定於檢察官行偵查時準用之。

§15

十、相牽連案件之偵查起訴

關於管轄之牽連,已詳前述(見 §6 及 §7)。本法第六條係從法院立場,就案件繫屬前之合併管轄及繫屬後之合併審判事項,予以明定。至於繫屬前之偵查案件,除應注意少年事件之特別規定外,依本法第十五條規定,如其管轄之案件相牽連者,得由一檢察官合併偵查或合併起訴;如該管他檢察官有不同意者,因案件尚未繫屬,法院無從參與其事,此際應由該管共同直接上級法院檢察首長命令之。

第三章 法院職員之迴避

本法為求裁判之允當，於有一定原因足致法官執行職務有難期公平之虞時，特設迴避之規定（自行迴避、聲請迴避、職權迴避），俾能確保法院為公平裁判。法院書記官及通譯，從事記錄、編卷、傳譯等事務，對於達成公平裁判有密切關係及相當影響，亦須斟酌情形準用迴避規定。至於檢察官及檢察機關書記官，德日立法例均不設迴避規定，本法目前仍予納入準用之列，此部分另詳後述（見 §26）。

一、法官^①自行迴避

§17

法官於該管案件有本法第十七條所列各款情形之一者，應自行迴避，不得執行職務。此等自行迴避事由，旨在確保裁判公正避免法官偏頗。其中第八款事由，尚涉及當事人審級利益之考量。茲分述如下：

1. 法官為被害人者

所謂被害人，係指直接受害者而言。例如張三佯稱係某法官之好友，可設法代為行賄關說宣告緩刑，向刑案被告騙款入己，此類俗稱司法黃牛案例，該法官僅係間接被害人，無須自行迴避。至於張三能否引用本法第十八條第二款規定聲請該法官迴避，乃另一問題。

2. 法官現為或曾為被告或被害人之配偶、八親等內之血親、五親等內之姻親或家長、家屬者

本款各該親屬關係，均依民法認定之。

① 司法人員人事條例及法院組織法於七十八年十二月二十二日分別制定及修正公布施行後，舊稱推事已改為法官，本法因未能全盤修正，甚多條文仍用推事一詞。本書為求行文便利，一律以「法官」稱之。

3. 法官與被告或被害人訂有婚約者

關於婚約，依民法之規定。又本款與前款不同，未包括曾經訂有婚約現已解除婚約者在內，此種情形能否引用本法第十八條第二款規定聲請迴避，乃另一問題。

4. 法官現為或曾為被告或被害人之法定代理人者

法定代理人身分，依民法認定之。又法人之代表人，在民事訴訟上亦稱為法定代理人，除民法外，尚須注意公司法及其他相關法律。例如：民法第二十七條第二項，公司法第二〇八條第三項、第二一三條，合作社法第三十四條第一項等規定是。

5. 法官曾為被告之代理人、辯護人、輔佐人或曾為自訴人、附帶民事訴訟當事人之代理人、輔佐人者

本款各該訴訟關係人身分，均依訴訟法認定之。

6. 法官曾為告訴人、告發人、證人或鑑定人者

關於告訴人等身分，亦均依訴訟法認定之。

7. 法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者

檢警人員居於控訴一方之地位，曾經對於該管案件執行檢警職務者，自應不許其再就該案執行法官職務，以免流於糾問，有失公正。

8. 法官曾參與前審之裁判者

本款調「前審之裁判」者，原係指當事人所聲明不服之下級審裁判而言（29 上 3276 號判例），自司法院於七十一年十二月三十一日公布釋字 178 號解釋後，已引申為包括「前前審」之第一審裁判在內。按法官迴避制度之立法意旨，在於確保公正裁判，維護當事人正當權益，增進國民對司法之信賴。本法第十七條所列法官應自行迴避之事由，皆係本此意旨而設，其中第八款（即本款）更有維護審級利益之考量因素。從法意而為闡釋，本款既求達成公正裁判，又求維護審級利益，可謂兩者並重，釋字 178 號解釋理由，即認為法官已在下級審法院參與裁判，如於上級審法院再度參與同案之裁判，當事人難免疑有成見，影響審級利益，因而將「前前審」之第一審裁判，亦予納入本款所稱「前審」裁判之範圍。於是：