

學 術 著 作

刑事訴訟法爭議問題研究

陳 樸 生 著

國立臺灣大學法律系教授

五南圖書出版公司印行

刑事訴訟法爭議問題研究

中華民國 76 年 4 月初版
中華民國 76 年 10 月再版

著作者 陳 樸 生
發行人 楊 榮 川
發行所 五南圖書出版公司

局版臺業字第 0598 號
臺北市銅山街 1 號
電話：3 9 1 6 5 4 2
郵政劃撥：0 1 0 6 8 9 5-3

印刷所 茂榮印刷事業有限公司
臺北縣三重市重新路五段 632 號
電話：9951628 • 9953227

基本定價：5.56 元

(本書如有缺頁或倒裝，本公司負責換新)

目次

一、審判權之競合·····	一
二、案件同一與訴訟拘束·····	一九
三、第十七條第八款之前審·····	四七
四、無效判決及其救濟方法·····	五七
五、裁判記載錯誤之更正·····	七一
六、無證據裁判·····	一〇三
七、想像競合犯之既判力·····	一二一
八、法條之變更·····	一五五
九、第三百四十八條第二項之有關係部分·····	一九三
十、不得上訴第三審法院之案件·····	二一五
十一、不得上訴與未不服判決之效力·····	二二七
十二、誤合法上訴爲不合法·····	二四一
十三、未經當事人到庭而爲審判之效力·····	二五一

十四、證據未予調查，是否判決違法·····	一六三
十五、訴訟關係人死亡於訴訟程序之影響·····	一七五

一、審判權之競合

【爭議問題】

國民政府三十五年二月十六日訓令內開：「查抗戰期內軍人犯軍法以外之罪，暫照陸海空軍審判法辦理」一案，曾於二十七年七月一日以渝字第三七〇號訓令飭遵在案，茲經國防最高委員會第一八二次常務會議決議，此案文字應改為「軍人軍屬犯軍法以外之罪，得暫照陸海空軍審判法辦理」等語，其所謂「得」，係指普通法院與軍法機關均有審判權，抑僅將文字改正，而仍沿用前令專屬軍法審判，意義尙欠明瞭，又普通法院對於此類案件，如無審判權乃不予諭知不予受理，而竟爲實體上之判決，究係違法，抑屬當然無效，判決確定後能否提起非常上訴，亦屬不無疑義。（見最高法院民刑事庭會議決議錄全文彙編下冊四六七頁）

【爭議經過】

前刑事訴訟法（一七、七、二八公布）第一條定曰：犯罪，非依本法或其他關於刑事訴訟之特別法，不得追訴及處罰，民國十九年三月二十四日公布之陸海空軍審判法（同日施行），其第一條第一項明定：凡陸海空軍軍人犯陸海空軍刑法或刑法所揭各罪或違警罰法或其他法律之定有刑名者，依本法之規定審判之，其係前刑事訴訟法第一條所稱其他關於刑事訴訟之特別法，顯無疑義。因之，陸海空軍軍人犯軍法以外之罪者，應依陸海空軍審判法追訴處罰，亦無問題。

迨民國二十四年一月一日公布之刑事訴訟法（舊）第一條第二項增定：軍人軍屬之犯罪，除犯軍法應受軍事裁判者外，仍應依本法規定追訴處罰。本程序法從新之原則，在本法施行後發生之刑事事件，無論其犯罪在本法施行前或施行後，均應適用本法；即在刑事訴訟法施行前已經開始偵查或審判之案件，依刑事訴訟法施行法第二條規定，除有特別規定外，其以後之訴訟程序亦應依刑事訴訟法終結之；但經國民政府於二十五年以第七〇六號訓令，剿匪期內軍人軍屬犯軍法以外之罪，暫照陸海空軍審判法辦理，繼於二十七年七月國民政府以渝字第三七〇號訓令凡抗戰期內軍人軍屬犯軍法以外之罪，暫照陸海空軍審判法辦理，刑事訴訟法第二條第二項因而停止適用，乃有

司法院二十九年院字第一九七九號解釋：

軍事參議院之參議、諮議，或為現役軍官或為在部隊服軍人勤務之人員，依陸海空軍刑法第五條

之規定，均爲陸海空軍軍人，如爲普通刑事被告，在抗戰期內，法院無審判權。

最高法院三十年上字第一七八號判決：

軍人犯刑法所揭各罪，應依陸海空軍審判法審判之，爲陸海空軍審判法第一條第一項所明定。雖刑事訴訟法第一條第二項規定，軍人軍屬之犯罪，除犯軍法應受軍事審判者外，仍應依本法追訴處罰，但此項規定因與前開陸海空軍審判法有異，業經國民政府於民國二十七年七月渝字第三七〇號訓令，凡抗戰期內軍人軍屬犯軍法以外之罪，暫照陸海空軍審判法辦理而停止其適用，則抗戰期內之軍人，雖犯刑法上之罪，普通法院仍無受理之權，

司法院三十四年院解字第二九九七號解釋：

省保安司令部派駐各縣防空監視哨哨長在編制以內者，應認爲有軍人身份，其在抗戰期內犯普通刑事之罪，依國防最高會議常務委員第八十次會議決議，應暫照陸海空軍審判法第一條第一項由軍法會審審判

諸例，三十四年十二月二十六日修正刑事訴訟法，其第一條第二項仍沿用舊制。惟民國二十七年七月一日渝字第三七〇號訓令飭遵：「抗戰期內軍人犯軍法以外之罪，暫照陸海空軍審判法辦理」一案，經國防最高委員會第一百八十二次常務會議決議，此案文字應改爲「軍人軍屬犯軍法以外之罪，得暫照陸海空軍審判法辦理」等語，除刪去「抗戰期內」四字外，其所稱「得」，意義欠明，究應沿用前令專屬軍法審判，抑指普通法院與軍法機關均有審判之權，發生爭議。

【實例見解】

最高法院四十二年七月二十六日民刑庭總會議決議(一)：國民政府三十五年二月二十日訓令所稱軍人、軍屬犯軍法以外之罪，得暫照陸海空軍審判法辦理，係指普通法院與軍法機關均有審判權。同院四十二年八月二十日四十年度臺非字第一九號判決，即以此爲其立論之根據，因認陸海空軍審判法第一條第一項，陸海空軍軍人犯刑法所揭各罪者，依該法審判之規定，於刑事訴訟法施行後，依後法優於前法之原則，已因刑事訴訟法第一條第二項所定軍人軍屬之犯罪，除犯軍法應受軍法裁判者外，仍應依本法規定追訴、處罰之明文，而停止其效用。是軍人軍屬犯軍法以外之罪者，除另有特別規定者外，仍應依刑事訴訟法之規定追訴、處罰，至爲明顯。國民政府於民國三十五年二月十二日，雖有軍人軍屬犯軍法以外之罪，得暫照陸海空軍審判法辦理之訓令，但既定爲「得」而不曰應，即非強制之規定，是此項命令，不過僅定爲軍人軍屬犯軍法以外之罪，得暫照陸海空軍審判法辦理，並非排除刑事訴訟法第一條第二項之適用，因之軍人軍屬犯軍法以外之罪時，軍事或軍法機關，固得以審判，而普通法院殊難謂無審判之權，此觀諸國民政府第七〇六號訓令，爲剿匪期內軍人軍屬犯軍法以外之犯罪暫照陸海空軍審判法辦理，二十七年國民政府渝字第三七〇號訓令改爲抗戰期內軍人軍屬犯軍法以外之罪暫照陸海空軍審判法辦理，最後國民政府於民國三十五年二月十二日改爲軍人軍屬犯軍法以外之罪得暫照陸海空軍審判法辦理，此最後訓令於暫字上特加以「得」字，自不能謂爲毫無意義。本

件被告犯刑法第三百三十六條第二項業務上侵占罪，既無應由軍事或軍法機關審判之特別規定，原審法院予以受理裁判，即無不合，上訴人援引最後國民政府三十五年二月十二日訓令謂被告具有軍人身分，普通法院應無審判權，以指摘原判決爲不當，不無誤會云云（見正中書局印行中華民國裁判類編刑事法（一）八五一頁），即認普通法院受理此案件，並爲實體上判決，不能指爲違法，無異認審判權雖屬競合，而其審判權之行使，仍係合法。

【問題研究】

刑事審判權雖因其行使機關之不同，有屬於司法機關者，有屬於軍法機關者；惟國家刑罰權，僅對於每一被告之每一犯罪事實而存在，即僅有一個刑罰權，並不因行使機關之差異，許其重複行使，形成一罪兩判，重複處罰。故審判權之應由何機關行使，仍應依法定標準加以劃分，亦不能因被告身分之不同而有異。無審判權之機關，如爲法院，固應依舊刑事訴訟法第二百三十一條第七款處分不起訴，即經起訴，法院亦應依同法第二百九十五條第六款爲諭知不予受理之判決。當時有效之陸海空軍審判法雖無類此規定，而實例上亦認不屬軍法審判者，應諭知不予受理，移送法院訊辦（國防部四十三年九月二十四日清澈字第二九七〇號令，見中華民國軍法法令判解彙編二五四頁）。故對於無審判權之被告雖經軍事檢察官起訴，仍應依刑事訴訟法（舊）第二百九十五條第六款諭知不予受理之判決，並移送司法機關，乃原判對此部分置未宣告，尙非適法（國防部四十五年二月十日典兼字第三〇五號令，

見同上彙編二五四頁。因之，在軍事審判法施行前，陸海空軍審判法雖無相當規定，而實務上亦同其處理方法。

國家刑罰權，係對於每一被告之每一犯罪事實而存在，已見前述。案件，固應以一被告一犯罪事實爲其單位，即訴，亦應以一被告一犯罪事實爲內容。案件既經起訴，繫屬於審判機關，即生訴訟關係。從其效力言，本審判不可分之原則，其起訴及判決之效力，應及於案件之全部；從其拘束言，既經起訴，即不得就同一案件再行起訴，禁止二重起訴，並確定其既判力之範圍。如同一案件，司法與軍法機關對之均有審判之權，即均有權爲實體上之判決，應否受訴之拘束，及是否同具既判力，則無檢討之餘地。

一、審判權之行使

1. 審判權之權原與刑法之關係

審判權，係指就法律上爭訟而爲審理裁判之權限，屬於國家，係領土主權作用之一種，因其爭訟性質之不同，乃有民事審判權，刑事審判權與行政審判權之分。刑事審判權，指對於特定犯人具有認定其犯罪事實，而量定其刑罰或其他處分之權限，與民事審判權，行政審判權同屬審判權，亦稱司法權。茲所稱審判權，則指刑事審判權。

獨立國家之主權，係國家最高之權力，其作用及於自己領域之全部，原則上得支配於其領域內之人及物，爲國家存立之必然要素，不問其爲本國人，抑爲外國人，原則上均爲其支配之對象。因之，

刑事審判權，乃主權作用之一種，除有明確之限制外，本國人固勿論，即在本國領域內之外國人，亦得行使之。

審判權之有無，與刑法關於地之效力異。蓋我國刑法以採屬地主義爲原則，乃刑法第三條前段規定，本法於在中華民國領域內犯罪者適用之，其犯罪人是否爲本國人，在所不問。雖兼採屬人主義（刑法第七條）、保護主義（刑法第五條第一款至第五款、第六條、第八條）及世界主義（刑法第五條第六款至第八款），在中華民國領域外犯特定之罪者，亦有我國刑法之適用；但刑法關於地之適用範圍，未必與其審判權一致。審判權，除依條約等規定予以擴張之情形外，原則上僅及於一國統治權（法權）所及之地。故刑法之地之適用範圍，雖包括國外犯；但對於在國外犯罪之人之得行使本國審判權，仍應循引渡等程序，且本國人在中華民國領域外犯罪，雖有審判之權；但其最輕本刑爲三年以上有期徒刑或依犯罪地之法律爲不罰者（刑法第七條），並無刑法之適用（三六院解三六一九）（六〇臺非六一）。是國內犯，仍與國外犯有別。即在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，依刑法第三條後段規定雖以在中華民國領域內犯罪論，即採所謂擴充屬地主義，而其犯罪之地，究在中華民國領域外，仍非審判權之所及。乃刑事訴訟法於第五條第二項特設在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，船艦本籍地、航空機出發地及犯罪後停泊地之法院亦有管轄權之規定，以資補充。最高法院六十六年上字第一三二〇號判決：我國現行刑法係採以屬地主義爲本，爲避免領水國基於條約或國際睦誼，對在其領域內無治外法權之我國船艦內所發生之犯罪行爲，不行使其管轄權，而造成刑法上之眞空。乃將屬地主義加以擴張，在刑法第三條後段明文規定「在中華民國領

域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論」。此項規定，與刑法第四條至第八條之規定立法旨趣迥不相侔。如果某甲係在外國領水內之我國船艦內為犯罪行為，自非不能依我現行刑法加以處罰等語，似認該條後段所稱在中華民國領域外，包括在外國領域水內；且此僅就刑法關於地之效力而設之擴充規定。至何法院具有土地管轄權，於刑事訴訟法第五條第二項設其補充規定，定其具體的管轄權之誰屬。

至我國人民在我國駐外使領館內犯罪，應否視為在我國領域內犯罪，抑係在我國領域外犯罪？最高法院五十八年八月二十五日民刑庭總會會議決議（二）即認刑法第三條所稱中華民國之領域，依國際法上之觀念，固有其真實的領域及想像的（即擬制的）領域之分，前者，如我國之領土、領海、領空等是；後者，如在我國領域外之我國船艦及航空機與夫我國駐外外交使節之辦公處所等是，但同條後段僅規定在我國領域外船艦及航空機內犯罪者，以在我國領域內犯罪論，對於在我國駐外使領館內犯罪者，是否亦屬以在我國領域內犯罪論，則無規定。按國際法上對於任何國家行使的管轄權，並無嚴格之限制，在慣例上本國對於本國駐外使領館內之犯罪者，能否實施其刑事管轄權，常以駐在國是否同意放棄其管轄權為斷。是以對於在我國駐外使領館內犯罪者，若有明顯之事證，足認該駐在國已同意放棄其管轄權，自得以在我國領域內犯罪論（採丙說）云云，亦僅就刑法之地的適用範圍加以補充釋示，非謂得在我國領域外行使審判權之意。

審判權，本屬國家主權之作用。故刑法關於地的適用範圍，各國所採之原則雖不盡同，難免同一犯罪行為有二以上國家刑法之適用；但同一行為，雖經外國確定裁判，依我國刑法第九條規定仍得依

本法處斷，審判權並未因而消滅，更不受一事不再理原則之拘束。縱同條但書規定在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行，亦僅屬可否免其刑之執行之問題，我國審判權，既不受外國確定裁判之拘束，亦不得據以爲免訴之諭知。司法行政部六十四年五月九日臺非六四函刑字第○三九九○號函載：依我國刑法第五條第六款及第九條之規定鴉片（包括販毒）罪在外國已受刑之全部或一部之執行，雖得免其刑全部或一部之執行，惟仍得依本法處斷，是以上開外僱船員返國後仍應移送我司法機關處理云云，即此旨趣。

2. 行使之機關

刑事審判權，固屬司法權之一部，應由法院行使之。憲法第九條定曰：人民除現役軍人外，不受軍事審判，固在確保司法權之完整；但從該條之規定觀之，仍認有軍事審判制度之存在。人民雖有不受軍事審判之自由，而此項自由，依憲法第二十三條規定，仍非不得以法律加以限制。其應歸軍法審判者，法院對之即無審判之權。乃刑事訴訟法既於第二百五十二條第七款規定案件有法院對於被告無審判權之情形者，應爲不起訴之處分，並於同法第三百零三條第六款明定，對於被告無審判權者，應諭知不予受理之判決。論者雖有認審判權，爲對人審判權；惟審判權之分配，固以人爲其重要標準，憲法第九條即定人民，除現役軍人外，不受軍事審判。現役軍人，本貫徹軍令，維持軍紀之要求，固得受軍事審判，如其所犯者，爲軍法以外之罪，既無維持軍紀之必要，即不必受軍事裁判，乃有刑事訴訟法第一條第二項之設。人民，除現役軍人外，固不應受軍事審判；但爲避免緊急危難、維持社會秩序，仍得以法律限制其自由，使受軍事裁判。其是否有以法律規定使受軍事審判之必要，依我現制，

非僅人的問題，每與案件之性質，地域或時期有關。懲治叛亂條例第十條前段妨害軍機治罪條例第十條前段固定曰：軍人（或現役軍人）由軍事機關審判，非軍人（或稱非現役軍人）由司法審判，妨害兵役治罪條例第二十七條戰時交通電業設備及器材防護條例第十七條戡亂時期肅清煙毒條例第十八條均定曰：犯本條例之罪者，除現役軍人由軍法機關審判外，均由司法機關審判，均以人之身分定其審判權之誰屬；惟非軍人（或非現役軍人）基於

A. 事件之關係

（如）戡亂時期檢肅匪諜條例第十一條定曰：匪諜牽連案件，不分犯罪事實輕重，概由匪諜案件審判機關審理之。

B. 地域之關係

（如）懲治叛亂條例第十條後段定曰：其在戒嚴區域犯之者，不論身分概由軍事機關審判之；妨害軍機治罪條例第十條但書亦定：在戰地或戒嚴地域犯之者，不論身分概由軍事審判機關審判之。

C. 時期之關係

（如）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第二條第三款規定犯陸海空軍刑法第七十七條、第七十八條之屬於盜賣買受軍油案件及懲治盜匪條例第四條第一項第三款第二項第三項，戰時交通電業設備及器材防護條例第十四條、第十五條屬於竊盜或毀損及受收受、搬運、寄藏、故買、牙保、熔燬同條例第二條第一款、第八款規定之交通設備及器材之罪，軍法機關自行審判。

之由軍法機關審判者，仍係以特定犯罪在一定地域或時期，劃歸軍法機關審判。是審判權之行使，爲使司法權之完整性，除軍人犯軍法及軍人或非軍人犯特定之罪，劃歸軍法機關審判外，均由司法機關審判之。因之，審判權，係就人及犯罪抽象的定其行使之機關。該機關對此項案件既具有抽象的管轄權，始得劃定具體的管轄權之誰屬。故法院對被告案件本無抽象的審判權，當然無具體的管轄權。法院對該案件既有具體的管轄權，雖因特殊情形，致不能行使其具體的審判權時，得依刑事訴訟法第十條規定由直接上級法院或再上級法院以裁定將案件移轉於其管轄區域內與原法院同級之本無管轄權之他法院；但不影響審判權之存在。總之，對於被告之犯罪之得行使審判權，僅屬一個，雖因其行使機關之屬司法機關者，爲司法審判，屬軍事審判機關者，爲軍法審判。犯罪之訴追、處罰，其由司法機關者，應依刑事訴訟法所定之訴訟程序辦理；其由軍法機關者，則應依其他法律之軍事審判法所定之訴訟程序辦理，除刑事訴訟法關於某事項之規定，與軍事審判法不相牴觸者，該審判法設有準用之規定外，並無適用刑事訴訟法之餘地（參看國防部四七、一一、七心昌字第〇一二三號令），此觀之刑事訴訟法第一條第一項「犯罪非依本法或其他法律所定之訴訟程序不得追訴、處罰」之規定自明。爲避免一罪兩判，具體的審判權之重複行使，如同一案件同時許由不同系統之審判機關分別行使其審判權，難免發生審判權之積極的或消極的牴觸之問題。且刑事審判權，本包括形式的審判權與實質的審判權二種，前者，屬於訴訟法上權利，後者，屬於實體法上權利。無審判權者固無實質的審判權，即不得就該案件爲實體上裁判；但仍有形式的審判權，即應就該訴訟爲形式的裁判，以終結其訴訟關係（刑事訴訟法第三百零三條第六款軍事審判法第一百七十七條第六款）。日本刑事訴訟法第三

百三十八條第一款韓國刑事訴訟法第三百二十七條第一款亦設有類此規定。蓋刑事案件，經繫屬於審判機關者，該審判機關對之均有審判之權利義務在；惟就該案件應爲如何之審理，以如何判決終結其訴訟關係，首應視其審判權之內容而定。該審判機關對該被告既無審判之權，即不應對之提起公訴。如逕行起訴，僅生形式的訴訟關係，雖得爲形式的審理，並爲形式的判決，但不得指其爲無審判權，而認其所爲之形式判決亦屬無效。是訴訟法上所定對被告無審判權者，係指對之並無實質的審判權，不得爲實體的裁判。

司法院大法官會議釋字第五一號解釋：

士兵未經核准離營已逾一個月者，依法已失現役軍人身分，如其另犯他罪，依非軍人之例定其審判機關（下略）。

最高法院四十八年臺上字第九五六號判決：

士兵逃亡尚未逾一個月者，參照兵役法第二十條第一項第三款之規定及司法院釋字第五一號解釋，尚難認已喪失軍人身分，普通法院對之並無審判權，應依刑事訴訟法（舊）第二百九十五條第六款爲不受理之判決。

二、管轄之分配

審判機關對於案件必先有審判權，而后始生管轄權有無之問題。故審判機關對於刑事案件之訴訟案件有無欠缺，首應審查其審判權之有無，繼而審查其管轄權之有無，法院辦理刑事訴訟案件應注意