

法律學實例研究叢書 ⑩

林紀東 主編

蔡墩銘 編著
朱石炎

刑事訴訟法

五南圖書出版公司 印行

⑩ 書叢究研例實學律法

法 訟 訴 事 刑

銘 墩 蔡

士博學法國德
授教學大灣臺

炎 石 朱

授教學大灣臺

行印 司公版出書圖南五

刑 事 訴 訟 法

中華民國70年9月初版
中華民國72年1月再版

編著者	蔡 朱	墩 石	銘 炎
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1~1號		
	電 話：3916542號		
	郵政劃撥：106895號		
印刷所	明	文	印 刷 廠

基本定價：3.34 元

(本書如有缺頁或倒裝，本公司負責換新)

法律學實例研究叢書

書目及撰著者

本叢書聘請

林大法官紀東先生擔任主編，分別敦聘權威學者，各就專攻，撰寫各書。書目及作者姓名如左：

一、憲法 李鴻禧教授

二、行政法 城仲模教授 古登美教授

三、民法總則 鄭玉波教授

四、民法物權 楊與齡教授

五、民法債編 王澤鑑教授 楊敦和教授

廖義男教授

六、民法親屬與繼承 戴東雄教授 劉得寬教授

七、刑法總則 陳樸生教授 洪福增教授

八、刑法分則 梁恒昌教授 林山田教授

九、公司法與票據法 梁宇賢教授（公司法）

王仁宏教授（票據法）

一〇、刑事訴訟法 蔡墩銘教授 朱石炎教授

一一、民事訴訟法 吳明軒教授

總序

——中國法律學新里程的開始——

弘揚法治，以鞏固國權，保障民權，不僅是政府的施政方針，亦是全國人民一致的要求。欲弘揚法治，要有良好的法律，識法守法的公務員和人民，也要有良好的法律書籍，闡述法律的理論，和實用的情形，以引導之。俾立法機關能夠制定良好的法律，公務員和人民都能識法守法，以收弘揚法治的效果。

我國法律一向不甚發達，在大陸淪陷以前，因國家多故，出版業不甚發達，法律學書籍，並不甚多。所出版的法律書籍，又多為對於現行法的註釋，其中固然有很多佳作，但一般而論，尚欠詳密與深入。至於註釋現行法條文以外的書籍，更不多見，有志於法律學深入之研究者，咸感失望。良好法律書籍的刊行，既然是弘揚法治的基礎之一，而其情形如此，自難望法治

臻於健全，所以識者對於良好法律學書籍的撰述和刊行，多寄以厚望！

所幸近二十年來，由於經濟的發達，社會的安定，給學人一個安心著作的環境，也給出版家一個良好出版的機會。而國人熱望法治之殷，和政府厲行法治之切，更感到法律知識的需要。於是法律學書籍大量出版，各科法律的教科書，日臻齊全。這是前所未有的現象，是法律文化上的盛事，也是國家法治進步的象徵，令人欣喜！

不過現代社會現象複雜，為社會生活規範的法律，內容亦日見繁多，且有許多專門性、技術性的規定，法律學的研究，亦有更求深入細密的必要，固然不能只就法條的規定，為咬文嚼字的探討，粗知各種法律的原理原則，和略悉其解釋判例，亦未盡法律學研究的能事。於是法律學研究的方法，應該如何改變？法律學研究的目標何在？乃為學者所聚訟的問題。各家說法，雖有見仁見智的不同，但主張把理論和實例連成一氣，以研究法律學，不專注意抽象的理論，亦不專注意現有的實例，則為多數學者所公認。因為法律是社會生活的規範，法律學是以各種社會生活規範，為其研究對象的科學，

既然是一種科學，自然有其繁複的理論，假如於研究某種法律之際，不注意其有關的理論，則於法律產生的背景，條文的含義，和立法的得失，均難獲澈底的認識。但法律又因其為社會生活規範之故，以現實的社會生活為其研究對象，並非不食人間烟火，遺世而獨立者，故法律學的研究，不能只徘徊於理論的境界，亦應注意實際的情形。所以多數學者，都主張法律學的研究，應該把理論和實例，連成一氣，融合而貫通之，纔能獲得豐富的成果。從而合理論與實際為一體的法律書籍，是對於學法律者，幫助極大，需要甚切的書籍。

五南圖書出版有限公司，近年出版法律書籍甚多，法學界多予讚美。發行人楊榮川先生，得此鼓勵，且鑒於上述書籍的重要，乃於刊行各種法律教科書之外，更進一步，邀約各科專家，編印法律學實例研究叢書，分別就憲法、行政法、民法、刑法、商法、民刑訴訟法各種法律，為深入的研究和敘述。其內容則如凡例所云：『本叢書旨在求法律理論與實際之貫通，融法理於實例之中，於事例之中瞭解法律理論與概念，期使學者於研讀法學專書之

後，能學以致用。故各書一律由具體事例出發，進而闡述事例中所蘊藏之法律問題。『觀此說明，足見這是一部合理論與實例為一體的書，使讀者於實例中，了解有關的理論；又從有關的理論上，知道某些有關的事例，應該怎樣得到妥切的解決。這種寫法，和只就現行法條文，註釋評論者，固不相同；跟只以判例解釋為題材，略加分析評論者，亦大有差異。而是依照多數學者所主張的法律學研究方法，撰寫而成者，自是對法律學貢獻甚大的一部好書。

尤其可貴者，撰寫本叢書各科的作者，都是各大學的教授，各該科的專家。各位作者，本其多年研究的心得，駕輕就熟，精選實例，詳析理論，而後成書。他們所提供於讀者者，讀者於本叢書所得到者，不僅是各書的內容，而且是各位專家的觀點，敘事論斷的方法，倘能慎思明辨，舉一反三，讀後當有更多的收穫。

總之，本叢書是約集各種專家，就各種法律，合理論和實例為一體，撰寫而成的。不但對讀者有許多裨益，其體例之新，冊數之多，均為前此法律

書籍所鮮見。它的出版，使我國法律學進入新的里程，於我國法治的弘揚，亦必有所貢獻。我因從事他書的寫作，未克參加本書作者的行列，但曾受榮川先生之託，共同決定書目，洽商體例，邀請作家，於本叢書之成，亦得追隨諸君子之後，共與其盛，至為欣喜，故於付印之時，略述所見於此。尤盼我國的法律學，由此新里程的開始，進入更完美的境界，各科專家，更多精采的著述，出版家，刊行更多的好書，以供各方閱讀，而共赴於弘揚法治的大道。

中華民國七十年四月廿二日

林紀東 序於臺北念萱書室

凡 例

一、本叢書旨在求法律理論與實際之貫通，融法理於實例之中，於事例之中瞭解法律理論與概念，期使學者於研讀法學專書之後，能學以致用。故各書一律由具體事例出發，進而闡述事例中所蘊藏之法律問題。

二、本叢書各書先就各該科之重要內容，選出二十至三十則單元課題，然後就每一單元課題，構設事例，闡析內涵。

三、本叢書各書每一單元課題，均包括下列各項：

(一)單元名稱：每科以二十至三十則單元為原則，務期包含各該科實用上之重要內容，力求周遍。而其順序，則盡量配合法典及教科書章節之順序排列，俾使學者對照閱讀。

(二)事例：每一單元，分別擬構一件具體「事例」，作為引導。此項具體事例之擬構，盡量以社會生活中可能發生或經常發生者為主，其情節除配合該單元內涵外，並旁及他法、判解，或法理上之論爭，避免過於單純，一見即知，俾於錯綜複雜之事例中，訓練學者分析問題、適用法條之能力。

(三)法律問題：就具體事例之各種情況，提出數則法律問題，作為探討解說之綱領與脈絡。

(四)解說：針對所列「法律問題」，逐一闡述其主要論點，有關之法令規定、學說判解，並附己

凡

例

見。必要時，並就有關之判解學說，加以評論，以引導學者作深入分析、

四、本叢書各書每一單元之後，均附列相關例題三、四則，以啓發讀者之思索。各例題所述之事件，如何適用法律，亦有一簡單之提示，以引導學者探索之方向。

五、本叢書各書引用法規時，其條、項、款及判解之表示如下：

條：一、二、三……

項：I、II、VII……

款：1. 2. 3. ……

但書規定：但

前段：前

後段：後

司法院三四年以前之解釋例：院……

司法院三四年以後之解釋例：院解……

大法官會議解釋：釋……

最高法院判例：……台上……

行政法院判例：行……判……

民刑庭總會決議：民刑議……

刑事訴訟法 目次

* 一、一、一六章：蔡墩銘教授編著
* 一七、二三章：朱石炎教授編著

1 軍人身分與審判權·····	一
2 管轄之移轉·····	一一
3 推事之迴避·····	二一
4 刑事被告之認定·····	二九
5 拘提之執行·····	三七
6 現行犯之逮捕·····	四五
7 違法之羈押·····	五三
8 搜索與扣押·····	六一
9 依職權之證據調查·····	七一

10	證明之對象·····	八一
----	------------	----

11	傳聞證據·····	九三
----	-----------	----

12	補強證據·····	一〇三
----	-----------	-----

13	自白之任意性·····	一一一
----	-------------	-----

14	共同被告之陳述·····	一二三
----	--------------	-----

15	詰問之對象·····	一三五
----	------------	-----

16	鑑定之必要性·····	一四五
----	-------------	-----

17	告訴·····	一五七
----	---------	-----

18	不起訴處分·····	一七三
----	------------	-----

19	起訴·····	二〇一
----	---------	-----

20	自訴·····	二一七
----	---------	-----

21	刑事判決之種類·····	二三三
----	--------------	-----

22

刑事判決之效力……………

二五九

23

上訴……………

二八一

1 軍人身分與審判權

甲原係陸軍第×訓練中心第十三連中士，在服役期間，於民國五六年五月十七日，由該訓練中心A縣××鄉駐地軍營逃亡。於逃亡前夕，與乙密謀，借用乙之國民身分證及退伍證明書，換貼相片後，即行逃亡在外使用，至五八年八月七日被警查獲。問普通法院對甲乙之犯罪可否予以審判？

問 題

- 一、對於離營之士兵普通法院有無審判權？
- 二、犯罪及發覺均在任職服役中，而追訴審判時已經離役，是否仍歸普通法院審判？
- 三、科刑上一罪之部分事實在任職服役中實施，其他事實在離役中實施，是否仍歸普通法院審判？
- 四、無軍人身分之乙與有軍人身分之甲共犯，是否應受普通法院審判？

解 說

一、對於離營之士兵普通法院有無審判權？

刑事訴訟法第一條第二項規定，現役軍人之犯罪，除犯軍法應受軍事裁判者外，仍應依本法規定追訴、處罰。又依軍事審判法第二條規定，本法稱現役軍人，謂陸海空軍軍官、士官、士兵、現職在營服役者。又依陸海空軍刑法第五條規定，陸、海、空軍現役人員、召集中之在鄉軍人，及非依召集而在部隊服軍人勤務或履行服役義務之在鄉軍人，均爲陸、海、空軍軍人。就上舉之法條以觀，不難獲悉現役軍人之範圍。然現役軍人之犯罪，非一律歸軍事審判，必須其所犯者爲軍法，始受軍事審判，如所犯者爲軍法以外之罪，仍由普通法院審判。又依軍事審判法之規定，現役軍人犯軍法以外之罪，而受普通法院審判者，限於非戰時，如係戰時，則不在此限。不僅現役軍人在戰時犯軍法以外之罪，不歸普通法院審判，即非現役軍人在戒嚴時期犯罪，亦可不歸普通法院審判（註一）。不過非陸海空軍軍人於戰地或戒嚴區域犯陸海空軍刑法第二條所列舉之犯罪，雖應依陸海空軍刑法處斷，但其審判仍可由普通法院爲之（註二）。

依前舉軍事審判法第二條之規定，必須現職在營服役者，方得稱爲現役軍人，故如士官逃亡經通緝撤職，即非現職在營服役，自應喪失現役軍人身分。基此觀點，司法院大法官會議釋字五一號解釋：士兵未經核准，離營已逾一個月者，依兵役法第二〇條第一項第三款規定，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。又最高法院四五年台非字第六二號判決：士兵未經核

准離營已逾一月者，應認爲已失去現役軍人身分，軍人犯罪在任官任役中，而發覺在免官免役後者，應歸法院審判。被告於離營不滿一個月內，未失去現役軍人前盜取財物，原判決不適用陸海空軍刑法第八五條論罪，而依刑法第三二〇條第一項處斷，自有未合。同院四九年台上字第一二三四號判決：士兵未經核准離營已逾一個月者，即失現役軍人身分，如有另犯他罪，依非軍人之例定其審判機關。又同院五六年台上字第二九號判決：上訴人於五五年二月十六日由原服役之陸軍××營無故離役，至同年三月五日犯罪時，依兵役法第二〇條第一項第三款規定，雖未喪失軍人身分，但其於同年三月二十日被發覺犯罪，依司法院大法官會議釋字第五一號解釋，其現役軍人身份即已喪失，依軍事審判法第五條第二項、第三項規定，即應由普通法院依行爲時之身分適用法律。

綜上之法條之判解以觀，常備兵、補充兵現役在營期間，無故離營已逾一個月者，既已停服現役（兵役法第二〇條），則已離營之士兵在此期間內所實施之犯罪，因其已喪失現役軍人身份，是其所實施之犯罪，可由普通法院予以審判。

（註一）參照戒嚴法第八條、第九條之規定。

（註二）司法院二三年一〇九〇號解釋：非軍人而犯陸海空軍刑法第二條所揭之罪，亦應由法院審判。