

吴宏耀 种松志 ◎ 丛书主编

刑事诉讼法

冈田朝太郎 ◎ 口授

汪庚年 ◎ 整理
吴宏耀 ◎ 点校



中国政法大学出版社

刑事诉讼法

冈田朝太郎◎口授

汪庚年◎整理

吴宏耀◎点校

刑法学典存

吴宏耀
种松志◎丛书主编



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼法 / (日) 冈田朝太郎口授; 汪庚年整理; 吴宏耀点校. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 4

ISBN 978-7-5620-4254-9

I. ①刑… II. ①冈… ②汪… ③吴… III. ①刑事诉讼法-研究-日本
IV. D931. 352

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第064759号

- 书 名 刑事诉讼法
XING SHI SU SONG FA
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908437 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm × 1230mm 32 开本 8.25 印张 180 千字
- 版 本 2012 年 7 月第 1 版 2012 年 7 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4254-9/D · 4214
- 定 价 28.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

民國元年

汪輯京師法律學堂筆記

丁華署登

校勘说明

关于本书的校勘，兹说明以下几点：

1. 本书乃汪庚年编辑之京师法律学堂笔记——《法学汇编》之第十二册。关于《法学汇编》，有以下两个版本：

一为宣统三年二月十五日印刷、是年五月十五日发行之《法学汇编》，全二十册，定价大洋十六元整。

该书版权页署名如下：

编辑者 金华 汪庚年

发行者 京师法学编辑社

印刷所 北京顺天时报馆

印刷者 日本国寺岛荣之助

总发售所 法学编辑社（北京宣武门内象坊桥北第二桥沟沿路东右二区三号）

分售处 京师琉璃厂各大书坊 杭州麟章书局

天津奉天汉口广东上海各处文明书局

一为宣统三年七月十五日再版、是年九月十五日发行之《法学汇编》，计二十册，全二十册，定价大洋十四元整。该版封面乃丁华署签之“民国元年 汪辑京师法律学堂笔记”字样。版权页署名如下：

编辑者 金华 汪庚年

II 刑事诉讼法

发行者 京师法学编辑社（琉璃厂东门内路南）

印刷所 北京宣元阁

印刷者 保阳 刘桂庭

总发售所 法学编辑社（北京宣武门内象坊桥北第二桥沟沿路东右二区三号）

分售处 京师琉璃厂各大书坊 杭州麟章书局

各省商务书馆、各省文明书局

校勘本以后者为底本；有疑处，参酌前者改订。

2. 在体例上，该书分正文与按文两部分。从文字内容可知，正文乃冈田朝太郎博士的讲授，按文则为当时笔记之人的评述。故校勘本就按文部分采用仿宋缩进格式，以示区别。

3. 因冈田朝太郎授课当时，大清《刑事诉讼律（草案）》尚在拟定之中，故该书所称“现行法”实乃日本明治三十二年（即1899年）《刑事诉讼法》。至于文中所谓《改正刑事诉讼法（草案）》，乃日本当时尚处修订之中、后于大正十一年（即1922年）颁布的《刑事诉讼法》。

4. 关于原作引用的1911年《刑事诉讼律（草案）》条文，均根据吴宏耀、郭恒编校：《1911年刑事诉讼律（草案）》（中国政法大学出版社2011年版），逐一进行了核对、订正。

5. 在校勘本中，对于原书中因缺漏需增加的文字，以“[]”予以标示。至于明显因排版错误而导致的文字顺序错讹，校勘本直接予以订正，不再一一标注。

6. 为阅读上的便利，对于原书及引文中出现的繁体字，一律以1988年国家语言文字工作委员会、新闻出版署联合发

布的《现代汉语通用字表》为准改为简体字。文中部分文字的音义注释，以《辞海》2009年第六版为准。

吴宏耀

2011年11月11日 于京西垂虹

演 詞

欲研究刑事訴訟法，須先知訴訟法之性質。蓋此門科學，大半索然無味，非惟聽者不願聽，即講者亦不願講。此中有三種理由在：第一，研究法學者，大概好推闡理論，訴訟法多詳實務而少理論，無甚可研究之處。故講與聽者均有厭倦之意。第二，訴訟法為行法之手續法。手續法本之于身，措之于事，甚屬尋常。以尋常之事，出之口而筆之書，無論其摹寫不易，即摹寫極工，亦無甚趣味。第三，因訴訟法，中國尚未有法典，為實際上所未經見，故人多不以為意，以腦筋中未有此觀念也。因有此三種理由，故講述時，往往不足以動聽。其實，此種法律，于實際上有密接之關係。因一國司法制度之良否，關係于實體法（刑法、民法）者半，關係于形式法（民、刑訴訟法）者亦半。法國學者有言曰：“實體法不完備，良民不至于受害。訴訟法不完備，良民必受其害。”故學者常謂，刑訴為最危險之法律。譬如有一最不善之刑法，規定“犯竊盜者，處死刑”，則良民不為竊盜，刑法雖酷，亦不足慮。若訴訟法不善，則不應逮捕而濫逮捕、不應監禁而濫監禁、不應裁判而濫裁判或應裁判而不裁判，種種行為，雖良民亦難逃法網，貽害殊為不淺。就中國觀之，司法制度不完備，雖由于實體法之不善，抑亦由于訴訟法之

缺乏也！即如刑讯一端，已为文明诸国所不公认；设不预为改良，无论实体法规定如何妥善，而司法终无完备之一日。盖一国司法之制度，于诉讼法大有关系，于刑事诉讼法，尤大有关系。中国不欲改良司法制度则已，如欲改良，则编制法及诉讼法，尤先务也！故在研究诉讼法时，慎勿以少趣而漠然置之，且须特别注意焉。设不注意，则将来身亲其事，知实体法而不知诉讼法，犹之乘船者失舵，漂流海中，而毫无把握。欲其渡彼岸也，不亦难乎？

目 录

校勘说明	I
演 词	IV
绪 论	1
第一章 刑事诉讼法之概念	1
第二章 诉讼法上之八大原则	7
第三章 完备诉讼法之必要	25
第四章 日本刑事诉讼法略历	26
第五章 刑事诉讼法之效力	27
第一节 关于时之效力	27
第二节 关于人之效力	28
第三节 关于地之效力	29
第一编 诉讼主体	32
第一章 裁判所	32
第一节 裁判所之组织	32
第二节 审判庭之职员	34
第三节 审判庭之管辖	43
第四节 管辖之指定及移转	60
第五节 法律上共助	65

2 刑事诉讼法

第二章 原告	68
第一节 公诉原告	68
第二节 私诉之原告	77
第三章 被告	79
第一节 公诉被告人及其代辅人	79
第二节 私诉被告	85
第二编 诉讼客体	89
第一章 公诉	89
第一节 公诉之客体	89
第二节 提起公诉权之发生	90
第三节 提起公诉权之消灭	90
第二章 私诉	95
第一节 私诉之客体	95
第二节 私诉权之发生	97
第三节 私诉之管辖	97
第四节 私诉权之消灭	99
第三编 诉讼行为	101
第一章 通则	101
第一节 被告人之呼出、勾引及勾留	101
第二节 被告人之讯问	113
第三节 证据之搜集及调查	115
第四节 书类之调制及送达	134
第五节 期间	139
第六节 裁判	140

第二章 第一审	144
第一节 搜查	145
第二节 起 诉 (即公诉之提起)	150
第三节 预 审	155
第四节 公 判	161
第三章 上 诉	184
第一节 通 则	184
第二节 控 诉	189
第三节 上 告	192
第四节 抗 告	199
第四章 非常诉讼	200
第一节 再 审	200
第二节 再 诉	203
第三节 非常上告	204
第五章 特别办法	205
第一节 大审院之特别办法	206
第二节 监置及惩治之诉讼办法	207
第四编 裁判之执行	208
附录一 汪庚年编《京师法律学堂笔记· 法学汇编》	210
附录二 冈田朝太郎学术生平与清末民初刑事立法关系 略年表	241

绪论

第一章 刑事诉讼法之概念

刑事诉讼法云者，以具体的确定科刑权之存否及范围为目的，而请求者、被请求者及国家裁判机关相互间所作法定行为全体之谓也。分说之如下列：

按刑事诉讼法之定义，学者见解不同。有谓刑事诉讼法者，乃国家为断当事人之争而所用之方法也。此定义未尝不是。然与本义所采之定义而比较之，则颇见欠缺。诚以诉讼法并不专为断当事者之争，而争亦非诉讼之要件。例如，民事为权利确认之诉，彼此确认已定，固无所谓争。其起诉讼之问题，则以两造之所确认，能有效与否，须由裁判官断定之。又以刑诉言，如谓为断当事者之争，则凡起诉前所行搜查处分^①之行为，不应列在刑诉中矣。故本议论刑事诉讼之定义，分为六段，并不采断当事者之争之定义，以诉讼法不专为断当事者

^① “搜查处分”，乃日语，指“侦查行为”。

2 刑事诉讼法

之争之意也。

一、凡诉讼，如行政诉讼、民事诉讼、刑事诉讼，概有作诉讼行为者而后甫生焉。指作诉讼行为者而曰诉讼主体，指请求者曰原告，指被请求者曰被告，指国家裁判机关曰裁判所。是故，诉讼为裁判所、原告及被告间之三面关系。

按此段专指诉讼主体而言。有学者以原告人与被告人为诉讼主体者。是诉讼行为，亦必专指原告起诉或被告辩诉之行为而言。立说未免太狭。盖诉讼主体，不仅以原、被告人为限，即裁判所虽系国家机关，亦在诉讼主体之内。故必兼裁判所及原告人与被告人三方面之关系，始称之曰诉讼主体，其义方完。

二、更观察其个个行为时，有为准备诉讼而所作之行为，有为提起诉讼而所作之行为；或招致当事者，或开始口头辩论；审讯原告、被告证人；宣告裁判；提起上诉等之各种行为。指此个个行为，曰诉讼行为。

按此段专指诉讼行为而言。何种行为，始为诉讼行为？此处特举数例以证明之。并非指诉讼之一切行为，皆包括于此也。盖原告有原告之诉讼行为，被告有被告之诉讼行为，裁判所有裁判所之诉讼行为。不独刑事诉讼有此行为，即其他行政诉讼、民事诉讼，亦莫不有此行为。

三、一切诉讼行为，概向于一定终局目的而进行。此终局目的，即区别行政诉讼、民事诉讼及刑事诉讼之根源。行政诉讼，以请求行政的不法或不当之命令或处分之救济为目的。民事诉讼，以具体的确定私权（不分民法的与商法的）

之存否及范围为目的。刑事诉讼，以具体的确定科刑权之存否及范围为目的。而一切诉讼行为，各向于其目的而进行。

按此段言一切之诉讼行为，在于终局目的而分别之。行政诉讼之目的，各国法律，不能尽同。如仅以不法之命令或处分之救济为目的，范围失之太狭。不若以不法及不当之命令或处分之救济为目的，范围较宽之为愈也。不法与不当之区别，详于法学通论中。不法者，指违背法律之命令或处分而言。不当者，非违背法律，指违背利益之命令或处分而言。例如，修造铁路，宜用国法所定之直线，而当事者或不依直线而曲折以修之。事于国法有违背，谓之不法行为。假使国法上无直线之规定，而当事者以无规定而曲折以修之，是非于国法上有妨碍，乃于利益上有妨碍，谓之不当行为。命令与处分之区别，试下一简单之定义，虽未尽精确，就大概上已为不差。命令者，抽象的意思表示也。处分者，具体的意思表示也。例如，巡警厅下一命令，谓大街上行人宜左走，是为命令，为抽象的意思表示。及行人有不向左而向右者，巡警奉有国家之命令，对于行人可以阻其不向左而使之向左，是为处分，为具体的意思表示。救济云者，则请求行政上不法与不当之命令或处分注消及变更之谓也。

至于民事诉讼与刑事诉讼之区别，以具体的确定权利言之。关于私权者，为民事诉讼。关于科刑权者，为刑事诉讼。具体的确定权利云者，对于抽象的权利而言也。抽象的确定权利，指制定法令之谓。例如买卖，由法律制定，买主有取得目的物之所有权之权利，即有交付物价之义务；卖主有让

4 刑事诉讼法

渡目的物之所有权之义务，即有取得物价之权利。此无论何时、何地、何人，凡有买卖之关系，无不依法律所规定，是为抽象的。至于具体的确定权利，例如，某甲在北京地方将物品卖于某乙；致有争论时，而某甲与某乙，究竟有无权义之关系，则由裁判所断定之，是为具体的。此就民事上而言也。试再于刑事上举例以明之。例如，刑法规定杀人者死，则不问何时、何地、何人，凡有杀人之行为，皆适用刑法之规定，是为抽象的。如某时某人在某地杀人，控于裁判所，由裁判所审断确实，而后宣告其杀人之罪，是为具体的。总之，从民事一面言，国家对于私人，以有无私权之确定为目的。从刑事一面言，裁判所对于犯罪人，以有科刑权与否之确定为目的。举一切之诉讼行为，皆有一定目的之存在。譬如出门人欲往何处，即目的在何处。其间或检行李，或雇舟车，种种手续，无非为达欲往何处之目的。凡事类然，即诉讼行为亦何莫不然。

现今诉讼法上不以原、被两造间有争议为其必要的条件。

按此段专指刑事诉讼法上而言。刑事诉讼法，必有一定之诉讼手续。若未经此手续，则不能确定犯罪之成立。例如，刑事原告之检察官认某甲为某日某所之杀人犯人，而被告之某甲，亦将其犯罪之全部而自认之，似可以下判决而无疑矣。然以未经一定之诉讼手续，不能即下判决。盖提起公诉、调查证据、口述辩论、宣告裁判之种种手续，俱从法律而来，包含于刑事诉讼法之中。故刑事诉讼法，为确定科行权之存否而设，并非因原、被两造之争论而设。匪特刑事诉讼法如是，即民事诉讼

法，亦莫不如是。

四、诉讼行为之向于终局目的而进行，皆有一定顺序及方式，须要厘然不紊。指诉讼行为之应遵守顺序及方式，曰诉讼手续。

按手续二字，即办法之意。诉讼行为，例如，提起公诉、调查证据、口述辩论、宣告裁判，各种之办法，皆是向于终局目的而进行。犯罪之程度不同，科刑权之范围及存否随犯罪之程度而确定，是谓终局目的。欲达此目的，须有一定顺序及方式。调查证据，即寻问^①证人、收集证据物之谓。口述辩论，即或以口说，或以笔述之谓。顺序者，谓必依前四种之次序而为之者也。方式者，如寻问证人，或以邮便寄之，或以电音传之，或令巡警逮捕之，皆为一定之方式。譬如设席延宾，时而进嘉穀，时而饮旨酒，有一定之顺序。又何物宜于刀、何物宜于箸、何物宜于手，有一定之方式；如此，可与言诉讼手续。

五、诉讼上应作之行为、应依之手续，行政上、民事上、刑事上，概以国法预规定之。而诉讼主体及他关系人，不得随时随意取舍增减之。是故，诉讼行为则一种法律行为也。诉讼手续，则法定手续也。一切诉讼关系，则皆法律关系也。

按行政诉讼、民事诉讼、刑事诉讼之目的，其区别已详于第三段中。此段特申明行政上、民事上、行政上之行为及其手续，概以国法预定之耳。

^① 现通用表述为“询问”。