

《刑事訴訟法》

試題評析	今年的律師刑事訴訟法考題，新式題型佔了四分之三強，僅有第四題屬於傳統、較簡單的考古題。我們也可以看到在近年研究所考題中不斷出現的盤查搜索題，終於出現在刑事訴訟法的國家考試中，堪稱為一大進展。由此可以進一步預測，在未來的律師國家考試中，搜索扣押的命題有可能成為趨勢，逐漸取代傳統僵硬、呆板的單一、同一性題型。再者，從本次考試第三題的傳聞法則命題點來看，亦須考生發揮其法學見解，尤其是該題提問方式活潑，希望考生能就被告律師的角度來回答，雖在研究所考試中相當常見，但在國家考試中出現卻有可能使得考生難以下筆。此點，高點補習班的考場寶典中已精準地觀察到，或許可帶給考生不小的驚喜。至於第一題的緩起訴考題，由於設問方式可使考生盡情發揮，應不算是過難的題目。整體而言，本次考試確實偏難，程度優秀的考生應可拿 50 分以上，但要獲得更高分數，則須視答題完整度而定。
------	---

一、甲騎機車尾隨婦女，出其不意強力奪走手提袋，加速離去。見義勇為的汽車駕駛人乙，超前將甲攔下，逮捕送警。警方調查發現，甲以同樣手法在該地區犯案多次，造成人心惶惶，尤以婦女為甚。試問：偵查終結，檢察官得否對甲為緩起訴處分？緩起訴制度月何學理上的隱憂及適用上的難題？(25 分)

命題意旨	本題為刑事訴訟法修法後緩起訴制度的重要命題，主要在測驗考生是否能了解緩起訴制度的適用要件，以及其所衍生的問題。考生須留意到學者陳運財老師與何賴傑老師對此均有專文論述，方能完整回答本題。
答題關鍵	1.緩起訴制度的適用要件。 2.緩起訴制度是否真能達成訴訟經濟的效果，以及賦予其確定力之當否。
參考資料	1.林鈺雄，刑事訴訟法(下冊 3 版)，2003 年 9 月，頁 70 以下。 2.陳運財，從新刑事訴訟法談緩起訴制度，台灣本土法學 35 期，2002 年 6 月，頁 74 以下。 3.何賴傑，緩起訴處分之要件與撤銷，法學講座 5 期，頁 39 以下。 4.何賴傑，檢察官不起訴職權修法之總檢討，法學講座 6 期，頁 1 以下。 5.月旦法學教室 第 3 期：P.22：緩起訴處分之再議與撤銷(林俊益)
高分閱讀	1.高點法學圖說系列-刑事訴訟法(I)(史奎謙)，P.4-262：緩起訴之適用對象(相似度 70%) 2.2004 律師司法官歷屆試題詳解，P.87-13：緩起訴之要件(適用範圍)(相似度 70%) P.91-36：緩起訴之要件(適用範圍)

【擬答】

(一)不應對甲為緩起訴處分

檢察官是否得對甲為緩起訴，涉及緩起訴的適用要件是否符合的問題。按甲所為乃搶奪罪(刑法第三二五條)，其法定刑為六月以上五年以下，合先敘明。關於緩起訴制度，依刑事訴訟法第二五三條之一規定：「被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪，檢察官參酌刑法第五十七條所列事項及公共利益之維護，認以緩起訴為適當者，得定一年以上三年以下之緩起訴期間為緩起訴處分，其期間自緩起訴處分確定之日起算。」學說上據此認為，緩起訴之適用要件為：

- 1.案件之限制(形式要件)：即須為非重罪。甲所犯乃搶奪罪，確係「最輕本刑三年以上有期徒刑以外之罪」，故符合此形式要件。
- 2.裁量之基準(實質要件)：即所謂刑法第五十七條所列事項及公共利益之維護，檢察官參酌後認為以緩起訴為適當者，始得為緩起訴處分。前者(刑法第五十七條)乃個案情節之判斷，重在特別預防；而後者所謂公共利益之維護，乃基於檢察官公益代表人之地位，首要考量者，即為案件輕重之一般預防的觀點。甲的所為是否符合此實質要件，不無疑問。題示甲的情形，已犯案多次，並造成當地居民的困擾，學者認為在審酌刑法第五十七條時，應僅限於被告罪責輕微的情形，若犯罪動機卑劣且手段殘忍，即不應為緩起訴處分；又所謂「公共利益」的部分，作為公益代表人的檢察官對於對正義觀感有負面影響的案件，亦應審慎考量。縱上論述，管見以為甲的情形甚難符合緩起訴實質要件上的考量，檢察官實不應予以緩起訴。

(二)由於上述實質要件具有裁量性質，所以檢察官確實有可能給予被告緩起訴的處分，合先敘明。而一旦為緩起訴處分後，依刑事訴訟法第二六〇條，其便被賦予實質之確定力，因此：

- 1.緩起訴提供檢察官一條模稜兩可的另類出路，有可能使得案件於偵查不完備或出現瓶頸之際，檢察官便以緩起訴處分的方式終結偵查。例如本題就有可能發生如此情況。雖然多數學者主張緩起訴處分要件中尚有「足認犯罪嫌疑」的不成文要件，但若檢察官果真對甲為緩起訴處分，該不成文要件實際上無法發生任何效果。
- 2.緩起訴制度的立法理由中提及大量消化案件的功能，但是，我國緩起訴不採德國法例由法院事先介入的立場，以致於整個制度設計拖泥帶水，一來，從為緩起訴處分到緩起訴處分本身確定，中間可能要歷經兩級式的再議以及交付審判的延宕；二來，從確定時點到產生禁止再訴時點，又要歷經少則一年多則三年的猶豫期間，實際上很難達成大量消化



案件的目標。

- 3.針對犯罪行為的追訴，於學理上向來有起訴法定原則與起訴裁量原則的對立，該次修法強調訴訟經濟的取向(事實上不一定達到)，而強搭著改良事當事人原則的便車，實有可能大幅鬆綁起訴法定原則，且賦予檢察官如此廣泛之處分權，是否妥當，實值檢討。
- 4.檢察官本身的定位問題，亦隨此次修法復生爭議。簡言之，增訂第二五三條之一至同條之三的結果，大幅增加了檢察官裁量者的角色，是否意味著檢察官再一次的準司法官化，亦值注意。
- 5.緩起訴的附帶處分欠缺實際支援的社會基礎，相關的聯繫協調機制亦未來得及建立，造成實務上第二五三條之二附條件緩起訴的運作非常罕見，有待儘速規劃配套措施。

二、警察甲與乙執行夜間巡邏，依其辦案經驗，直覺路旁所停之車輛有問題而予以盤查。於盤查之同時，發現丙之車內裝物之紙箱與手提袋頗為異常，情況急迫之下，警察甲、乙兩人乃直接打開車門，解開紙箱與手提袋，起出槍枝與毒品。試問：(25分)

(一)警察此一情況急迫下之行為，依法律規定屬於何種搜索？

(二)事後，警察機關依蒐證結果將丙及相關事證移送檢察官，檢察官認為調查未完備，乃依刑事訴訟法第二百三十一條之一規定將卷證發回警察機關。依此一規定，檢察官在偵查體系中之定位如何？

(三)刑事訴訟法第一百三十一條第四項規定：「第一項、第二項之搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。」此究竟為證據能力之規定，或為證明力之規定？

命題意旨	本例涉及強制處分與證據之交界問題，除須熟知各種強制處分之發動門檻與要件，並須瞭解其與證據能力判斷之關係，另外亦在檢測考生對於偵查中檢警關係之體系定位之判定問題。
答題關鍵	本例涉及 1.現行法中無令狀之緊急搜索規定之相關問題，以及臨檢盤查發動門檻之實務標準。 2.檢警關係定位之認定。 3.刑事訴訟法第一百三十一條第四項規定究為違法證據排除之證據能力規定抑或證明力之認定。
參考資料	1.月旦法學教室，第3期：P.132：搜索與扣押（黃朝義），第8期：P.79-88：檢警關係（黃朝義），第13期：P.20～21：警察之緊急搜索（黃朝義） 2.月旦法學雜誌，第108期：P.57-58：偵察中之強制處分與檢警關係（黃朝義），第109期：P.189-214：偵察中檢察官與司法警察之角色定位
高分閱讀	1.93年考場寶典：P.3-10：題目13（相似度50%） 2.高點圖說系列-刑事訴訟法（I）（史奎謙）〈L750〉，P.4-169：緊急搜索（相似度60%），P.4-169～170、P.4-246：證據能力（相似度80%） 3.2004律師司法官歷屆試題詳解〈L303〉，P.86-6：緊急搜索（相似度40%），P.91-1～20：退案審查制（相似度50%） 4.法觀人雜誌72期：P.61：證據能力與證明力 5.厚本講義第二回，P.122～127：緊急搜索，P.127：證據能力

【擬答】

依據警察勤務條例第十一條第三款之規定，臨檢（盤查）自屬警察執行勤務方式之一種，但自釋字五三五後解釋後，認定該條例並未授權警察人員得不顧時間、地點及對象任意臨檢、取締或隨機檢查、盤查，本例中警員甲、乙認為路邊停放之車輛有問題而欲上前盤查車內之人，依學界通說認為臨檢或盤查之發動門檻，須限於有合理懷疑時始得為之，如依據釋字五三五號解釋之判斷，對於「場所」之臨檢盤查的發動，須限於已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之處所、「交通工具」或公共場所為之，對於「人」發動臨檢盤查，則須有相當理由足認其行為已構成或即將發生危害者為限，且均應遵守比例原則，不得逾越必要程度。

無論是採取學界通說見解，抑或是實務見解，只要本例中警員依其主觀辦案經驗，並輔以客觀事實具體判斷而認定路旁之車輛有問題者，則可認為有發動臨檢盤查之合法門檻。

(一)警察甲、乙兩人於盤查同時，發現丙之車內裝物之紙箱與手提袋頗為異常，便直接打開車門，解開紙箱與手提袋，起出槍枝與毒品之行為，屬於依急迫情形而為之無令狀搜索，「可能」構成刑事訴訟法（以下簡稱本法）一三一條第二項之緊急搜索。

依據本法一二八之規定，搜索原則上須用搜索票為之，並須由法官核發。然如有急迫情形者，則依法得為無令狀搜索。本例中可能符合第一三一條第二項有關緊急搜索之規定：「檢察官於偵查中確有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅證據或隱匿之虞，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索，並層報檢察長」，然依此項規定可知，縱有相當理由足認有發動此一無令狀搜索之事實，但僅限於檢察官擁有在急迫情形，為保全證據而為緊急搜索之權限，而司法警察則不享有此一權限。

惟司法警察常為執行此一搜索之主體，因此有學者認為本項規定乃是不顧實際執行層面，僅規定檢察官擁有此項緊急搜



索權，乃是法制面上之偏廢行為，而於立法層面上建議應依具體情況之需要，直接賦予司法警察機關得實施緊急搜索並予以逕行扣押之權限，以符合實際要求。

(二)事後，警察機關依蒐證結果將丙及相關事證移送檢察官，檢察官認為調查未完備，乃依本法第二百三十一條之一規定將卷證發回警察機關。據此，檢察官於偵查體系中之定位如下：

有認為檢察官於偵查體系中之定位，應屬偵查主體，而司法警察機關則屬於輔助機關，然若將檢察官當成偵查主體者，應自負偵查成敗之責，而司法警察機關則無須負偵查成敗之責。然本法第二百三十一條規定，檢察官如認為司法警察官之調查未完備者，應命其補足或發交偵查，如此一來，似混淆偵查主體與輔助機關之地位，如貫徹檢察官為偵查主體之地位，則檢察官如認為有偵查未完備之情形時，應主動補足偵查，而不應推諉卸責。

惟如遵循本條之規定解釋，並輔以實際運作之情形觀察，應認為檢警之間合理之關係，須建構在由司法警察負責證據蒐集之第一線工作，而由檢察官負責篩選之監督補充工作，以合乎實際運作之情形，以免造成「有責無權」或「有權無責」之不合理情形。

(三)刑事訴訟法第一百三十一條第四項規定：「第一項、第二項之搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。」

此一規定究屬證據能力抑或證明力之規定，所謂證據能力，係指證據資格，此部分通常會有法律明文規定，至於證明力，則屬證據價值之問題，原則上須交由法官自由心證，並依其經驗及論理法則判斷，法律通常不會加以限制（但亦有例外）。而證據能力與證明力之間，有前後順序關係，因為有證據能力之證據始為容許進入證據調查之前提要件，而經過合法調查之證據始得成為法官自由心證之基礎，因此證據能力為證明力之判斷前提，通常只要法條中有「不得作為證據」之明文者，應屬證據能力之規定。本條究係證據能力抑或證明力之問題，因條文中僅規「得」由審判時法院宣告其不得作為證據，似會令人誤以為違法之證據排除，係法院得自由判定之範圍，而有解為證明力之嫌疑。

然如併考量本法第一五八之四條規定，可知「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」因此法官究得否宣告該證據不能使用，並非法院得自由心證之範圍，而必須依據本法一五八之四之立法理由判斷：「(一)違背法定程序之情節。(二)違背法定程序時之主觀意圖。(三)侵害犯罪嫌疑或被告權益之種類及輕重。(四)犯罪所生之危險或實害。(五)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(六)偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性及(七)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形」，以為認定證據能力有無之標準。由此可知其為證據能力之規定，至為明灼。因此，法院依據第二七三條第一項第四款規定，須於第一次審判期日前，開庭準備程序討論有關證據能力之意見。

三、某天深夜，被害人甲在他時常光顧的路邊攤吃宵夜。突然之間，一名頭戴全罩式安全帽的人騎機車靠近甲，趁甲尚未注意的時候就掏出手槍近距離對甲連開了兩槍，然後加足油門，揚長而去。甲因失血過多，在送醫急救之後不久，即被宣告不治。檢察官於偵查後認定乙犯罪嫌疑重大，乃將乙以殺人罪為由提起公訴，並擬於審判中向法院聲請調查以下證據：

(一)醫生 A 所撰寫的急診室日誌(編號 X)，其中除記載甲之傷勢與醫院所為急救措施外，A 另外寫道，甲於臨終前說：「我一定要找乙報仇！」

(二)警訊筆錄(編號 Y)，內載有路邊攤老闆 B 所為陳述，其中提及：「乙在案發兩天前，曾跟甲在他的路邊攤大吵一架，乙在離去時還撂下狠話，叫甲要小心一點。」

(三)證人 C，其擬提出以下證詞：「我的朋友 D 看到乙隔天騎車到河邊丟了一包東西，我猜裡面八成是什麼見不得人的東西。」

你是被造乙的辯護律師，請附理由說明你對上述證據 X、Y 以及證人 C 之證詞有何法律意見？(25 分)

命題意旨	本題命題方式活潑，將傳聞法則的相關問題點以實例題之方式完整呈現，考生須具有一定的實力方能回答完整。試題之提問方式特殊，乃英美法上常見的設問方式，所以在回答時須盡量展現考生自己的法學能力。
答題關鍵	1.傳聞法則原則與例外間的關係。 2.特信性文書的例外規定與將死陳述的法理。 3.警詢筆錄與傳聞法則的例外規定間的關係。 4.傳聞證人與傳聞法則、直接審理原則的關係。
參考資料	1.月旦法學教室，第 17 期：P.26~27：傳聞法則中所謂的「陳述」(楊雲驊) 2.月旦法學雜誌，第 97 期：P.85 以下：傳聞法則之理論與實踐(陳運財)；P.118 以下：我國採傳聞法則的檢討(吳巡龍)
高分閱讀	1.93 年考場寶典，P.3-4~5：題目 5：被告以外之人於調查中所為陳述之證據能力題目(相似度 60%) 2.93 年考場寶典，P.3-5~6：題目 6：傳聞證據之禁止與例外(相似度 50%) 3.2004 律師司法官歷屆試題詳解，P.89-40~42：傳聞法則、P.92-38~39(相似度 20%)，P.92-16~18：傳聞法則(相似度 60%) 3.法觀人月刊，第 69 期：P.37-39：修法講座，第 74 期：P.24-32：刑事訴訟新修正與傳聞法則



4.厚本講義第二回，P.201～209：傳聞法則

【擬答】

依刑事訴訟法第一五九條第一項規定：「被告以外之人於審判外之書面或言詞陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」此為我國法上傳聞法則之規定，即將傳聞證據排除之法則。急診室日誌、證人之警詢筆錄、以及C之證詞，在此規定下均為傳聞，原則上不具證據能力。但檢察官於每一種證據都有可能主張其符合傳聞法則的例外規定，茲表明身為辯護律師的法律意見如下：

(一)若檢察官主張證據X乃特信性文書或符合特殊的可信性要件(將死陳述)時：

依照刑事訴訟法第一五九條之四：「…下列文書亦得為證據：二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。」因此檢察官可能主張X乃從事業務之醫師於業務上所紀錄之文書，故可例外地作為證據。但管見以為，自該條之立法理由所稱：「從事業務之人在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書…，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性…」以觀，該急診室日誌內容乃醫師對甲傷勢所為特定、非規律記載，且無任何其他人員協助校對其正確性，似不能稱做「業務文書」。縱使肯認其為業務文書，檢察官亦應舉證其無「顯有不可信之情況」，方能符合法律所規定之要件。對此，檢察官可能會以「人之將死，其言也善」的概念，來說服法院X乃具備可信性，正確性得以確保。然而，此種論理類似英美法上所謂傳聞法則根深蒂固的例外規定—將死陳述(impending death)的法理，故可做比較法上的觀察。按所謂將死陳述的要件，乃「陳述人必須相信其即將死亡」，「即將」一詞，其範圍究竟如何，不無疑問；陳述人是否「相信」，亦待證明。所以檢察官尚須證明甲已相信自己即將死亡，才有可能使X例外地作為證據。

(二)若檢察官主張證據Y符合先前不一致陳述或先前證言的例外規定：

針對該警詢筆錄，檢察官可能主張其符合刑事訴訟法第一五九條之二或之三的例外規定。此時須分別不同情形判斷之：

1. 若B有在法庭上具結做證：若B有在法庭上做證指出其所看見的事實，此證言符合直接審理原則與傳聞法則對發現真實的要求，固無疑問。惟若B所言與其警詢筆錄中之記載不一致時，檢察官可主張此符合「先前不一致陳述」之例外，即刑事訴訟法第一五九條之二的規定：「被告以外之人…於司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實所必要者，得為證據」，使警詢筆錄例外地具有證據能力。但是，檢察官對此仍須證明其符合該條所稱「可信性」與「必要性」的要件，方得作為證據。
2. 若B未在法庭上具結做證：此時證人須符合「無法出庭」的條件，檢察官方可主張刑事訴訟法第一五九條之三的例外規定。按該條所列舉情形有：「一、死亡者；二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者；三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者；四、到庭後無正當理由拒絕陳述者」，依題示意旨，檢察官顯然欲在未傳喚證人的情況下，即使用該警詢筆錄，所以管見以為該警詢筆錄顯不符合傳聞法則的例外規定，應不得作為證據。

(三)若檢察官主張C之證詞符合直接審理原則時：

就C擬提出之證詞內容以觀，C係欲轉陳述目擊證人D的陳述內容，學說上乃稱C為傳聞證人。從傳聞法則的意旨來看，D乃被告以外之人，其於審判外所為之言詞陳述，原則上不得作為證據，蓋其無法藉由交互詰問以確保其陳述之真偽；今以聽聞D之陳述的C為證人，更無法藉由交互詰問以確保D陳述之真偽，是故傳聞法則乃明確認定C之證詞不具證據能力。然而，我國法並未揚棄直接審理原則，故檢察官可能據此引用直接審理原則而主張C證言之證據能力。管見則認為，縱使依據直接審理原則，僅傳喚證人C而不傳喚證人D，仍構成澄清義務之違反，屬於刑事訴訟法第三七九條第十款的當然違背法令。另一方面，證人C所言：「…我猜裡面八成是什麼見不得人的東西」，乃推測之詞，雖非傳聞，但按刑事訴訟法第一六〇條規定：「證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據」，C之推測，顯係基於D之經驗內容，自不得作為證據。

四、甲頂替實際犯罪之乙，於偵查、審判中均自白犯罪，經法院判處甲罪刑確定。起訴丙犯罪，審判中丁冒充為丙應訊受審，法院不察，亦判處丙罪刑確定。以上兩案各應如何救濟？(25分)

命題意旨	本案乃是傳統考古題，如74年律師考試第四題、89年司法官第一次考試第二題均有相似題型，旨在測驗學生對於公訴程序之中，是否能掌握住判別檢察官所指之被告的標準，以及實務上對這一問題之處理方式。
答題關鍵	本案涉及公訴起訴效力中「人之範圍」的判定，訴訟關係究竟存在於何人身上，實務向有固定之見解，答題關鍵則在於實務上對於「頂替」及「冒名頂替」之處理方式。
參考資料	林鈺雄，刑事訴訟法(下)，三版，頁123-127。
高分閱讀	1.2004律師司法官歷屆試題詳解，P.89-6～7：冒名(相似度90%) P.74-16～17：冒名(相似度90%) 2.高點厚本講義(相似度90%)，P.13-17：冒名，P.17-20：頂替

【擬答】



§266 規定：「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人。」至於如何判定檢察官所指之被告，學說上向來有不同之見解：

- 1.意思說：此說認為檢察官究竟對何人提起公訴，須以檢察官之追訴真意決定。
- 2.表示說：此說認為應以起訴書所記載之被告姓名為準，但並不專以起訴書所載之內容為唯一之標準，尚須從起訴書解釋其所表示之意思，並斟酌檢察官之意思而定，因此又有稱之為「實質的表示說」，並相當於前述之意思說。
- 3.行動說：此說認為須憑實際上以之為被告實施訴訟行為或以之為處理對象者，即屬檢察官所指之被告。

現行實務中有關檢察官所指之被告的認定，原則上採取行動說，但在少數情形中亦有採取表示說。依本例情形詳述如下：

(一)甲頂替乙自白犯罪

於本例中，實際犯人為乙，然甲卻於偵查至審判中，均自白犯罪，致使檢察官誤將甲當成真正犯罪行為人而起訴，並使法院誤以為真正行為人係甲而於以審理判決，此係「被告本人錯誤」之情形，如於審判中發現此一情形，應對於甲就本案為無罪判決(因甲並非實際犯罪行為人)，就實際犯人乙另行起訴，如甲有涉及刑法§164 II 頂替罪刑者，則應另行偵查、起訴。

如法院不察而判決確定者，因此時對於檢察官所指之被告的判斷採取「行動說」，亦即檢察官實際上係以甲為被告而實施訴訟行為及處理對象，因此訴訟關係僅存在於甲而不存在於乙，如誤對乙為裁判者，則屬§379(12)未經請求事項予以判決之判決當然違背法令情形，於判決確定前得上訴救濟，判決確定後則得非常上訴予以救濟。

(二)丁冒丙之名頂替應訊受審

在此情形中，檢察官於起訴書中所指之被告為丙，然丁卻冒充丙之名義頂替應訊受審，法院亦不詳察，而以丁為實施訴訟行為之對象，卻判處丙罪刑，此乃「到案被告錯誤」之冒名頂替問題。

實務見解二十年院字五六九號及二七年院字一七二九號解釋，均認為此時應採「表示說」，而認定訴訟關係並不存在於冒名頂替之丁，仍存於檢察官依據起訴書所載之意思而認定之實際犯罪行為人丙。然因丙並未實際到庭受審，而係由丁冒名頂替之，如法院不察而以丙之名義下判決時，應屬§379(6)被告未於審判期日到庭而為審判之判決當然違背法令之情形，得請求將原審判決予以撤銷，並對實際上犯人丙另為判決。而丁之部分因採表示說而被認為就本案與法院並無訴訟關係，因此不得直接就丁之部分加以審判，而應認為如丁另有涉及刑法§164 II 頂替罪之部分，則須交由檢察官另行偵查、起訴。

