

《刑事訴訟法》

一、司法警察官甲持拘票前往被告乙之家進行拘提時，發見有另案應扣押之物，甲除拘提乙外，對另案應扣押之物亦予以扣押。問甲之所為是否合法？（二十五分）

命題意旨	住宅內實施拘提與「對人搜索」之區別，又實施合法拘提時，可否為另案扣押？我國刑事訴訟法第一百五十二條明定另案扣押以「實施搜索或扣押時」為前提，對於實施「拘提、逮捕時」可否準用該條規定，使成為合法之扣押行為，產生疑義。適用本條（包括第一百三十七條的附帶扣押），須以美國聯邦最高法院於判決中所建立之「一目瞭然法則」加以補充。
答題關鍵	1.司法警察甲於住宅內執行拘提之合法性，須留意王兆鵬老師的特別見解。 2.進而指出另案扣押之現行法依據第一百五十二條及其適用上之漏洞。 3.介紹美國聯邦最高法院判決所建立之「一目瞭然法則」，以合法搜索、拘提或逮捕為前提。 4.以類推適用或準用之方式，引進一目瞭然法則，補足刑事訴訟法第一百五十二條之漏洞。 5.日後修法之建議。
參考資料	1.王兆鵬，附帶扣押、另案扣押與一目瞭然法則，路檢、盤查與人權，P.33 以下。 2.王兆鵬，刑事訴訟法講義（一），P.261 以下 3.王兆鵬，逾越搜索權之拘提，月旦法學第 81 期，P.92 以下；收於同作者，當事人進行主義之刑事訴訟法 4.林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），三版，P.371~372
高分閱讀	1.高點法學圖說系列《刑事訴訟法 II》，史奎謙（L751），P.4-179~193：另案扣押（相似度 80%） 2.高點法研所歷屆試題詳解（M503），P.1-4-4~6：93 年成大丙組考題：另案扣押（相似度 50%） 3.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA500），P.4-42~44：90 年司法官刑訴第 3 題：另案扣押（相似度 50%） 4.法觀人雜誌，第 62 期，P.34~36：另案扣押（相似度 70%） 5.鍾台大，刑事訴訟法補充講義第二回，P.6 以下、P.14

【擬答】

（一）甲執行住宅內拘提之行為是否合法

- 學者通說及實務見解均以為，甲依刑事訴訟法（以下稱本法）第七十五條或第七十六條規定，持拘票執行拘提之強制處分行為，不論於住宅內或公共場所為之，除非拘票非法官或檢察官之簽發，或不符合相當理由之發動門檻，否則既符合要式拘提，即為合法之拘提行為。
- 惟有學者以為，在住宅內執行拘提，其性質上亦屬「對人搜索」之行為，現行法既規定僅有法官得核發搜索票，為免檢察官以拘提之名，行搜索之實，解釋上應限於「法官」所核發之拘票始得進入住宅（且限於被告之住宅，不及於第三人之住宅）執行拘提，檢察官所核發之拘票僅得於「公共場所」執行拘提，除非符合有明顯事實足認被告確實在住宅內且情形急迫者（本法第一百三十一條第一項），否則不得進入被告或第三人之住宅執行拘提。據此，本題甲所執行之拘提是否合法，應視其所持之拘票為法官或檢察官所核發者而有不同之認定。

（二）甲為另案扣押之合法性

1.另案扣押之依據

按「實施搜索或扣押時」，發現另案應扣押之物亦得扣押之，分別送交該管法院或檢察官。本法第一百五十二條定有明文（又本法第一百三十七條第一項對於附帶扣押有類相同之規定）。此即我國立法上承認「另案扣押」之依據。我國有學者認為，為免司法警察以一張搜索票行大肆搜括之「釣魚式」搜索行為，應限縮於「發現搜索票所記載之物以前，所發現之另案應扣押之物」，另有學者認為本條侵犯人民權益甚重，應予刪除。惟管見以為，要求警察於合法搜索時，對於意外發見之其他證據或與本案無關之違禁品（如毒品、槍枝），應視若無睹，絕非良善之立法，亦不符合司法正義及國人之期待，所以本條之立法仍有必要。



解釋上必須以「合法」搜索、扣押為前提，始得為另案扣押。

2. 執行合法拘提時，可否為另案扣押

問題在本法第一百五十二條所允許之另案扣押，其前提明文限於「實施搜索或扣押時」，對於司法警察行「合法拘提、逮捕時」，發見另案可為扣押之物，可否準用本條為合法之另案扣押行為即有疑問。

3. 美國法上「一目瞭然法則」(plain view)之介紹

(1) 美國聯邦最高法院認為無令狀之扣押固然會影響人民權益，惟權衡利害得失，仍認應允准司法警察為相當範圍之扣押行為，亦即僅容許警察以「目視」之方式所發現其他證據或違禁品時，始得為扣押行為，而不允許警察為另一次搜索之行為。此即所謂「一目瞭然法則」。

(2) 為免一目瞭然法則被濫用，必須符合以下要件：

- A. 限於為合法的搜索、拘提或其他合法行為時，發現應扣押之物；
- B. 必須有相當理由相信所扣押之物為證據（或其他違禁品）；
- C. 僅得以目光檢視，不得為翻動或搜索之行為。

(3) 一目瞭然法則本來僅適用於「扣押」之行為，惟後來被擴張適用到「一目瞭然搜索」（有相當理由所為之簡單翻動），並且實務上另以類推適用之方式，適用並承認所謂「一嗅即知」及「一觸即知」等範圍。

4. 對於我國法的啟發

(1) 所謂「發現另案應扣押之物」，應以警察立即、明顯之發現為限，亦即警察須有相當理由確信所發現之某物為得扣押之物。

(2) 適用本條應以合法之搜索或拘捕為前提，我現行法（包括第一百五十二條、一百三十七條第一項）漏未規定拘提、逮捕，屬立法疏漏，如不准警察扣押，顯與法正義有違，因此祇要警察等偵查機關所為係合法之行為時，其一目瞭然發見另案應扣押之物，應類推本法第一百五十二條之規定，准予合法之無令狀扣押。

(3) 學者即建議，應將本法第一百三十七條及第一百五十二條合併，修訂為「檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察在行搜索、扣押、拘提或逮捕時，有相當理由相信為本案或另案應扣押之物，得扣押之」，誠屬的論。

5. 其他缺漏

為免司法警察行釣魚式之搜索、扣押，本法於第一百三十七條第二項明定，附帶扣押亦應準用逕行及緊急搜索之三日內向法院陳報之事後審查規定（第一百三十一條第三項），惟侵害更為嚴重之另案扣押卻漏未規定此事後審查之準用規定，應類推本法第一百三十七條第二項之規定，並速修法解決。

6. 結論

甲所為之另案扣押行為，類推本法第一百五十二條之規定，應符合以下情形，始為合法，否則屬違法之另案扣押：

- (1) 甲之拘提行為必須合法（依學者見解，必須為法官所簽發之拘票或符合本法第一百三十一條第一款之無票搜索情形）。
- (2) 甲必須符合一目瞭然法則，有相當理由相信該物為另案應扣押之物。
- (3) 有學者以為尚須類推第一百三十七條第二項，並準用第一百三十一條第三項規定，於三日內向檢察官及法院陳報，法院於五日內未撤銷者。

二、刑事訴訟法第二百二十一條規定：「判決，除有特別規定外，應經當事人之言詞辯論為之。」試論此條規定之含義與精神。（提示：從言詞辯論主義之角度切入）（二十五分）

命題意旨	測試考生對於言詞辯論主義之認識，並引申出其與直接審理原則、傳聞法則之關係，並論述此等原則之例外規定。 本題屬基本概念並富有創意之題型，有賴考生平日奠立之基礎因應。
答題關鍵	1. 言詞辯論主義（言詞審理原則）之含義及精神。 2. 言詞辯論主義與直接審理原則、傳聞法則之關係。 3. 言詞辯論主義之例外（不經言詞辯論之判決及不待其陳述之判決）。
參考資料	1. 黃東熊，刑事訴訟法論，第十五頁以下。 2. 蔡墩銘，刑事訴訟法論，四版，第三四〇頁以下。



	3.林山田，刑事程序法，增訂四版，第七一頁以下。 4.林鈺雄，刑事訴訟（下冊），三版，第一七〇頁以下。 5.陳運財，直接審理與傳聞法則，第二十四頁以下 6.高點，刑事訴訟法厚本講義，第三回，第七八頁、八九頁以下。
高分閱讀	高點法學圖說系列《刑事訴訟法 II》，史奎謙（L751），P4-457~459：言詞辯論（相似度 60%）

【擬答】

(一)刑事訴訟法（下稱本法）第二百二十一條規定：「判決，除有特別規定外，應經當事人之言詞辯論為之」。本條宣示所謂「言詞辯論主義」，其使用「言詞」、「辯論」之用語，是其不僅宣示「言詞主義」，更宣示「辯論主義」。

(二)言詞辯論主義之含義及精神：

- 1.言詞辯論主義又稱言詞審理主義，亦有學者區分為言詞主義與辯論主義二者論述。此原則之含義係指，審判程序之進行應採言詞陳述之方式，並要求以言詞陳述或問答形式而顯現於審判庭之訴訟資料，法院始得採為裁判之基礎，未在審判庭以言詞方式提出之訴訟資料，即視同未曾發生或不存在，不得作為裁判之基礎。依此原則，當事人務必在審判庭以言詞陳述及攻擊防禦，方得使審理之法官一方面得聽取言詞陳述，並察言觀色，以獲取正確之心證，另方面並得對當事人及證人訊問，或命被告、共同被告與證人口頭對質，使訴訟程序迅速進行。是本法第二百二十一條規定，判決原則上應經當事人之言詞辯論為之，即在突顯言詞辯論主義之精神。
- 2.本法以下規定均宣示言詞辯論主義之內含及精神：
 - (1)裁定因當庭之聲明而為之者，應經訴訟關係人之言詞陳述（第二百二十二條第一項）。
 - (2)審判長依第九十四條訊問被告後，檢察官應陳述起訴之要旨（第二百八十六條）。
 - (3)審判期日，除有特別規定外，未經檢察官、自訴代理人、被告、辯護人到庭者，不得審判（第二百八十八條、第二百八十一條、第二百八十四條、第三百二十九條）。
 - (4)審判長每調查一證據畢，應詢問當事人有無意見；法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會（本法第二百八十八條之一、之二）。
 - (5)調查證據完畢後，應命當事人就事實及法律分別辯論之（第二百八十九條）。
 - (6)審判長於宣示辯論終結前，最後應詢問被告有無陳述（第二百九十條）。
- 3.此外，一般以為言詞審理主義具有三重意義：第一重意義係指，訴訟行為應以言詞為之，此項意義已多不採，蓋有時以書面為之更為確實；第二重意義係指，以人之供述為證據時，應於審判期日以言詞方式為之；第三重意義則係指證據調查之程序概念，強調法院應以言詞之方式調查人證或陳述書，另法院之判決原則上應以言詞辯論之方式為之。第二重及第三重意義之言詞主義與直接審理原則之實質直接性（關於證據能力之直接性）及形式直接性（關於調查證據程序之直接性）結合後，即被通稱為直接、言詞審理原則。此所以學者稱言詞主義與直接審理主義密不可分之故。
- 4.就第二重意義之言詞辯論主義結合直接審理原則之實質直接性，正係本法第一百五十九條第一項所規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據」之含義。而此項規定因係針對人之供述證據所為限制，亦屬「傳聞法則」之表現（本條立法理由參見）。至於毋庸以判決為之，而僅以裁定為之的程序，即不受此項原則之限制，所以同條第二項後段復規定「關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，不適用之」。
- 5.小結：

綜上所述，本法第二百二十一條之規定，不僅在宣示言詞辯論主義，更與直接審理主義密不可分，亦與傳聞法則有關，應另與本法第一百五十九條之規定合併觀之。

(三)言詞辯論主義之例外

前述第二百二十一條規定「除有特別規定外」，應經言詞辯論，此即言詞辯論主義之例外，針對「辯論主義」之例外言，有稱之為書面審理原則，亦即所謂不經言詞辯論之「兩造缺席判決」；如針「言詞主義」之例外，另有所謂得不待其（指被告或自訴人）陳述之「一造缺席判決」。就本法之特別規定，以下分述之：

1.得或應不經言詞辯論之判決

- (1)免訴、不受理（包括第三百零三條、第一百六十一條第四項、第三百二十九條第二項、第三百三十一條）或管轄錯誤之判決（本法第三百零七條）



- (2)第二審法院認為上訴不合法律上之程式、法律上不應不應准許或其上訴權已經喪失者，而駁回上訴之判決，以及對於原審論知管轄錯誤、免訴或不受理之判決上訴時，第二審法院認其為無理由而駁回上訴，或認為有理由而發回該案件之判決，得不經言詞辯論為之（本法第三百七十二條）
- (3)第三審法院之判決（本法第三百八十九條）
- (4)為受判決人之利益聲請再審之案件，受判決人已死亡或於再審判決前死亡者（本法第四百三十七條第一項前段）
- (5)非常上訴之判決（本法第四百四十四條）
- (6)簡易處刑判決（本法第四百四十九條第一項）
- (7)協商程序判決（本法第四百五十五條之四第二項）

2.得不待陳述之判決

- (1)被告心神喪失或因疾病不能到庭，但其顯有應諭知無罪或免刑判決者（本法第二百九十四條第三項）
- (2)被告拒絕陳述或未受許可而退庭者（本法第三百零五條）
- (3)法院認為應科拘役、罰金或應諭知免刑或無罪之案件，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者（本法第三百零六條）
- (4)自訴人於辯論終結前，喪失行為能力或死亡，且無承受訴訟之人或逾期不為承受者，法院應分別情形，通知檢察官擔單訴訟或逕行判決（本法第三百三十二條）。此係針對不待自訴人陳述之一造缺席判決，惟現自訴改採強制律師代理之制度，是否仍須自訴人到庭陳述，本條有無必要，尚待檢討。
- (5)第二審上訴，被告經合法傳喚無正當理由不到庭者（本法第三百七十一條）。

三、刑事訴訟法第二百六十七條規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部」，同法第二百六十八條又規定：「法院不得就未經起訴之犯罪審判」。二者所指為何，試申其義？倘甲以一狀誣告乙丙二人，檢察官若僅就甲誣告乙之部分起訴，法院應如何審判？甲若先偷竊乙之財物得手後，又再起意偷竊丙之財物，檢察官僅就甲偷竊乙之部分起訴，法院又應如何審判？（二十五分）

命題意旨	刑事訴訟法關於「公訴不可分原則」（第二百六十七條），及「不告不理原則」（控訴原則）（第二百六十八條）之意義。第三七九條第十二款關於漏未判決與訴外裁判之判決當然違法事由之區分。此係實務界或實務界出身之學者所重視的傳統重點考題，且本題僅測試基本觀念，尚不困難。
答題關鍵	1.關於公訴不可分及不告不理原則之意義及依據。 2.適用本法第二百六十七條之要件：(1)須檢察官僅就一部犯罪事實起訴；(2)須以法院審理結果為斷；(3)須法院審理結果認為一罪，且起訴之一部及未訴之他部均有罪。 3.單一性（同一性）案件，一部起訴效力及於全部，基於審判不可分原則，如一部未審酌，構成本法第三七九條第十二款「已受請求之事項未予判決」之違法（漏未判決）；未為起訴效力所及之部分，基於不告不理之控訴原則，法院不應審酌，如竟予判決，構成本法第三七九條第十二款後段「未受請求之事項予以判決」之違法（訴外裁判）。
參考資料	1.陳樸生，刑事訴訟法實務，80年重訂版，P.368 以下 2.林鈺雄，刑事訴訟（下冊），三版，P.127 以下、P.265 以下、P.321 以下
高分閱讀	1.高點法學圖說系列《刑事訴訟法 II》，史奎謙（L751），P.4-319~348：單一性、同一性（相似度 70%） 2.高點法研所歷屆試題詳解（M502），P3-4-4~5：東海 93 年甲組：單一性、同一性（相似度 50%） 3.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA500），P.4-45~48：90 年司法官第 4 題（相似度 50%） 4.鍾台大，刑事訴訟法補充講義第一回，P.7 以下 5.高點，刑事訴訟法厚本講義，第三回，P.21 以下

【擬答】

(一)刑事訴訟法（以下稱本法）第二百六十七條（檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部）及第二百六十八條（法院不得就未經起訴之犯罪審判）之意義及區別。

- 1.基於訴訟主義（彈劾主義、控訴原則）之不告不理原則，無訴即無裁判，法院審判之範圍應與起訴之範圍一致。訴之效力係就每一被告之每一個犯罪事實而發生，未經起訴之部分，既不得為該訴訟之客體（標的），法院無從加以審判。如案件未經起訴，其訴訟關係未發生，據此，本法第二百六十八條規定：「法院不得



就未經起訴之犯罪審判」。

2. 法院如就未經起訴之犯罪，竟予審判，屬「未受請求之事項予以判決」之違法（本法第三七九條第十二款後段），亦即所謂「訴外裁判」；如已經起訴或為起訴效力所及，其訴訟關係既已發生，如未予判決，而致訴訟關係已消滅者，亦不失為「已受請求之事項未予判決」之違法（本法第三百七十九條第十二款前段），亦即所謂「漏未判決」。
3. 犯罪事實固應以起訴書所指事實為準，檢察官就被告之全部犯罪事實以實質上或裁判上一罪起訴者，依起訴不可分原則，雖僅就一部犯罪事實起訴者，其起訴之效力，仍及於全部，即令就其他事實加以審判，亦不得指為未經起訴，不致構成訴外裁判。據此，本法第二百六十七條規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部」。又因其刑罰權單一，在審判上為一不可分割之單一訴訟客體，法院自應就全部犯罪事實予以合一審判，以一判決終結之，如法院僅就其中一部分加審認，而置其他部分於不論，即屬本法第三百七十九條第十二款前段所稱「已受請求之事項未予判決」之違法；此與可分之數罪如有漏判，仍可補判之情形，迥然有別（最高法院八十八年台上字第四三八二號判例參見）。
4. 結論：本法第二百六十七條係規定起訴效力所及之物的範圍，亦即審判之範圍；第二百六十八條係強調法院審判之範圍必須與起訴之範圍一致，即所謂不告不理原則，二者並無衝突。

(二) 甲以一狀誣告乙丙二人，檢察官僅就甲誣告乙之部分起訴，法院應如何判決？

1. 甲一行為誣告二人，分別對乙、丙二人均係犯刑法第一百六十九條第一項之誣告罪，為一行為觸犯數罪名之同種想像競合犯，依刑法第五十五條前段，論以一誣告罪，為裁判上一罪，此須為法院審理後所認定之結果，而非依檢察官之認定。
2. 檢察官僅就甲誣告乙之部分起訴，符合本法第二百六十七條，就（裁判上一罪）犯罪事實一部起訴者之規定，惟依實務及通說見解，除法院審理結果認為係實質上或裁判上一罪之關係外，尚須起訴之部分，及未經指明起訴之他部均屬有罪，且二者具有審判不可分之關係，未訴之他部始為起訴部分效力所及。學說上稱一部起訴之事實為「顯在性事實」，未訴之他部事實為「潛在性事實」，顯在性事實是否具有擴張性，而及於潛在性事實之部分，須視法院審理結果為斷，分別如下：
 - (1) 誣告乙之部分有罪，誣告丙之部分亦有罪，且二者間具有審判不可分之關係：檢察官一部起訴之效力，及於甲誣告乙及丙之全部犯罪事實，法院審判之範圍應與起訴之範圍一致，對於甲誣告丙之部分亦應予審判，如竟未審判，即構成「已受請求之事項未予判決」之違法，為漏未判決，屬判決當然違背法令之上訴事由（本法第三百七十九條第十二款前段）。
 - (2) 誣告乙之部分有罪，誣告丙之部分為無罪、免訴或不受理者：二者間即不具有審判不可分之關係，一部起訴之效力不及於誣告丙之部分，法院僅得對於誣告乙之部分為有罪之實體判決。
 - (3) 誣告乙之部分為無罪、免訴或不受理者，誣告丙之部分為有罪：二者間亦不具有審判不可分之關係，一部起訴之效力不及於誣告丙之部分，法院仍僅得對於誣告乙之部分為無罪、免訴或不受理之形式判決。
 - (4) 學者另有認為，誣告乙之部分，及誣告丙之部分雖均有罪，惟二者間不具有審判不可分之關係：則一部起訴之效力，仍不及於誣告丙之部分。惟實務及多數學者以為，法院審理結果如認為一部及他部犯罪事實，屬實質上裁判上一罪之關係，且均有罪，卻不具有審判不可分之關係，此種情形殊難想像，應認為在一罪關係下，且起訴之一部及未訴之他部均有罪者，二者間即應具有審判不可分之關係，而使為起訴效力所及，方屬妥當。

(三) 甲先偷竊乙之財物得手後，又再起意偷竊丙之財物，檢察官僅就甲偷竊乙之部分起訴，法院應如何判決？

1. 甲偷竊乙及丙之財物，係基於不同之犯意所為，分別均係犯刑法第三百二十條第一項之竊盜既遂罪，屬數罪併罰之案件。
2. 檢察官僅就甲偷竊乙之部分起訴，因甲偷竊丙財物之部分，與甲偷竊乙財物之部分，其犯罪事實本屬數個，各自獨立，刑罰權各別，於訴訟上即不生不可分之效力，並無本法第二百六十七條之適用。另依據本法第二百六十八條規定，法院不得就未經起訴之犯罪審判，依此不告不理原則，甲偷竊丙之部分，非經檢察官另行起訴，不得就此未經起訴之部分加以審判，亦不得以其係具有相牽連案件之關係（本法第七條第一款）而予審判，此部分仍須經檢察官追加起訴後（本法第二百六十五條），始在公訴之效力範圍，法院始得審判。如竟對甲偷竊丙財物之部分審判，即構成「未受請求之事項予以判決」之違法，為所謂「訴外裁判」，亦屬判決當然違背法令之上訴事由（本法第三七九條第十二款後段）。



四、判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴。此所謂「案件之審判係違背法令」者，依刑事訴訟法第四百四十七條第一項規定，尚分為判決違背法令及訴訟程序違背法令而有不同效果。試問確定判決如有同法第三百七十九條所列各款（共計十四款）之非常上訴理由，何種情形屬於判決違背法令？何者僅為訴訟程序違背法令？請從實務觀點加以論述。（二十五分）

命題意旨	刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一、二款分別規定「判決違背法令」及「訴訟程序違背法令」，與同法第三七九條各款之關係；釋字第一八一號、第二三八號解釋所產生的影響。另測試考生是否知悉近來實務見解的轉變，尤其針對第六款、第七款部分，最高法院九十一年第七次及第八次決議，以及九十一年台非字第一五二號判例。此為實務界或實務界出身之學者特別重視之重點。
答題關鍵	1.判決違背法令及訴訟程序違背法令之區分。 2.過去實務見解及適字第一八一號解釋之影響。 3.最新實務見解，尤其九十一年第七次、第八次決議之轉變。
參考資料	1.王文，刑事判決違背法令及其救濟方法之探究，輔仁法學第七期，P.57 以下。 2.林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），三版，P.407、P.417 以下。 3.月旦法學教室，第 23 期，P.16~17：非常上訴。
高分閱讀	1.鍾台大，刑事訴訟法補充講義第六回，例題一、二、八、九，全部命中。 2.司法三等考場寶典，P.4-18~19：題目 20（相似度 40%） 3.高點法學圖說系列《刑事訴訟法 II》，史奎謙（L751），P.6-39~41、P.6-47~51：非常上訴（相似度 80%） 4.高點法研所歷屆試題詳解（M502），P.2-4-18~20：輔大 90 年甲組：非常上訴（相似度 60%）

【擬答】

(一)實務上認為刑事訴訟法（以下稱本法）第四百四十七條第一項第一、二款所規定「判決違背法令」及「訴訟程序違背法令」之意義

1.大法官釋字第一八一號解釋之前

(1)判決違背法令：指依原確定判決所確認「實體程序」上之事實，顯然足認其應為其他之判決，因其違背法令發生錯誤。

(2)訴訟程序違背法令：原審所進行之「訴訟程序」，因其違背法令有影響於判決，但其違法情形尚不足認原判決應為其他判決，亦即，其判決結果，並非由於此項訴訟程序直接所生。

2.大法官釋字第一八一號解釋之後

釋字第一八一號解釋建立抽象之判斷標準，認為訴訟程序違背法令，若同時符合上述二要者，則轉變為「判決違背法令」：

(1)適用法令違誤；

(2)顯然於判決有影響。

此種判斷標準因而影響本法第三百七十九條各款，究竟何者為判決違背法令或訴訟程序違背法令之認定結果。

(二)本法第三百七十九條各款之認定標準

1.大法官釋字第一八一號解釋之前，實務見解有兩說，另依學者見解，可區分為四說，下分述之：

甲說（最高法院二十九年二月二十二日決議、四十一年台非字第四七號判例、四十四年台非字第五四號判例）：本法第三七九條第四、五、十二及十四款後段之判決理由矛盾致適用法令違誤。

乙說（最高法院六十四年七月十五日第四次決議，六十六年四月十二日第三次決議）：本法第三七九條第四、五、十二及十四款後段之判決理由矛盾（無須致適用法令違誤）。

丙說（學者褚劍鴻）：本法第三七九條第四、五、十二及十四款全部（包括判決不載理由及所載理由矛盾）。

丁說（已故學者陳樸生）：本法第三七九條第四、五、十二款（惟曾另著有文章將第十四款亦列入）。

2.大法官釋字第一八一號解釋之後

前述本法第三七九條第四、五、十二及十四款以外，其他各款雖為訴訟程序之違法，惟具體判斷個案情形，如 1.致適用法令違誤；2.顯然於判決有影響，則屬判決違背法令。



(三)最新實務見解認為，原屬訴訟程序違背法令之本法第三七九條第六款（除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判），及第七款（依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判），現已轉變為判決違背法令，茲詳述如下：

1.最高法院九十一年六月十一日，九十一年第七次刑事庭會議決議：

(1)刑事訴訟法第三百七十九條第六款規定：「除有特別規定外，被告未於審判期日到庭而逕行審判者。」第七款規定：「依本法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者。」其判決當然違背法令。在通常上訴程序，當然得為上訴第三審之理由。在非常上訴程序，刑事訴訟法第四百四十一條所謂「案件之審判係違背法令」，包括原判決違背法令及訴訟程序違背法令，後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定，與前者在實際上時相牽連。非常上訴審就個案之具體情形審查，如認其判決前之訴訟程序違背上開第六、七款之規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令。

(2)宣告二十九年二月二十二日刑庭庭推總會決議六，及四十一年台非字第四七號判例、四十四年台非字第五四號判例，與本決議意旨不符部分，不再參考、援用。

2.九十一年六月二十五日，九十一年第八次刑事庭會議決議：

(1)最輕本刑為三年以上有期徒刑之案件，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人為其辯護；依法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判者，其判決當然違背法令。刑事訴訟法第三十一條第一項、第三百七十九條第七款分別定有明文。本件依題旨所示，被告係涉犯擄人勒贖而故意殺被害人罪，屬於刑事訴訟法第三十一條第一項所定依法應用辯護人之案件，第二審法院亦已指定義務辯護人為被告辯護，於第二審審判期日上開指定辯護人雖經到庭，然依審判筆錄之記載僅有：義務辯護律師陳述「辯護意旨詳如辯護書所載」之字樣，但經查該律師並未提出任何辯護書狀，顯與辯護人未經到庭辯護而逕行審判者無異（本院六十八年台上字第一〇四六號判例），則本件第二審判決自有依法應用辯護人之案件或已經指定辯護人之案件，辯護人未經到庭辯護而逕行審判之違法。該案經上訴第三審，本院未予糾正，予以維持，以上訴無理由駁回被告之第三審上訴，而告確定，自屬於法有違。

(2)刑事訴訟法第四百四十一條所謂「案件之審判係違背法令」，包括原判決違背法令及訴訟程序違背法令，後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定，與前者在理論上雖可分立，實際上時相牽連。本件第二審判決所踐行之訴訟程序違背同法第三百七十九條第七款、第二百八十四條之規定，固為判決前之訴訟程序違背法令。非常上訴審就上開情形審查，如認其違法情形，本院本應為撤銷原判決之判決，竟予維持，致有違誤，顯然影響於判決者，應認本院判決為判決違背法令，而依法判決之。

3.九十一年台非字第一五二號判例要旨

刑事訴訟法第四百四十一條之審判違背法令，包括判決違背法令及訴訟程序違背法令，後者係指判決本身以外之訴訟程序違背程序法之規定，與前者在理論上雖可分立，實際上時相牽連。第二審所踐行之訴訟程序違背同法第三百七十九條第七款、第二百八十四條之規定，固屬判決前之訴訟程序違背法令。但非常上訴審就個案之具體情形審查，如認判決前之訴訟程序違背被告防禦權之保障規定，致有依法不應為判決而為判決之違誤，顯然於判決有影響者，該確定判決，即屬判決違背法令。案經上訴第三審，非常上訴審就上開情形審查，如認其違法情形，第三審法院本應為撤銷原判決之判決，猶予維持，致有違誤，顯然影響於判決者，應認第三審判決為判決違背法令。

(四)前述第四、五、六、七、十二、十四款以外之其他各款，尤其最為困擾最高法院之本法第三七九條第十款（依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者）究竟是否轉變為判決違背法令，實務見解如下：

1.大法官釋字第二三八號解釋限縮第十款所謂「應於審判期日調查之證據」範圍，限於具備以下兩要件，始為本款之證據，否則非屬本款之範圍：

(1)該證據在事實審訴訟程序中已存在。

(2)客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎。

2.個案具體判斷是否符合釋字第一八一號解釋之兩要件，始得轉變成為判決違背法令（針對第十款部分，參見最高法院七十四年度台非字第二二二號判決、同年度台非字第二七〇號判決，認為構成判決違背法令，惟尚無判例出現）。

