

司法院釋字第二三八號解釋

中華民國 78 年 3 月 31 日

院台秘二字第 02848 號

解 釋 文

刑事訴訟法第三百七十九條第十款所稱「依本法應於審判期日調查之證據」，指該證據在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者而言。此種證據，未予調查，同條特明定其判決為當然違背法令。其非上述情形之證據，未予調查者，本不屬於上開第十款之範圍，縱其訴訟程序違背法令，惟如應受同法第三百八十條之限制者，既不得據以提起第三審上訴，自不得為非常上訴之理由。中華民國二十九年二月二十二日最高法院民、刑庭總會議決議關於「訴訟程序違法不影響判決者，不得提起非常上訴」之見解，就證據部分而言，即係本此意旨，尚屬於法無違，與本院釋字第一八一號解釋，亦無抵觸。

解釋理由書

非常上訴，係為統一審判上法律之適用，而對審判違背法令之確定判決所設之特別救濟程序，除刑事訴訟法第三百九十四條外，並無準用第三審上訴程序之規定。依刑事訴訟法第四百四十一條規定，「判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院之檢察長得向最高法院提起非常上訴」。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，如判決前之訴訟程序違背法令，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，為兼顧被告之利益，仍應認為原判決違背法令而有同法第四百四十七條第一項第一款規定之適用，經本院釋字第一八一號解釋釋明在案。刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定：「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」，其判決當然為違背法令，亦為判決前之訴訟程序違背法令。惟所稱「依本法應於審判期日調查之證據」，指事實審訴訟程序中已存在之證據，而在客觀上為法院認定事實及適用法律之基礎者而言。此種證據，未予調查，同條特明定其判決當然為違背法令。

如在客觀上非認定事實及適用法律基礎之證據，既無調查之必要，則為避免訴訟程序延滯，影響公益，自得不予調查，此觀同法第一百七十二條之規定自明。此種未予調查之情形，本不屬於上開第十款之範圍，縱因法院未駁回其調查之聲請，致訴訟程序違背法令，惟如應受同法第三百八十條之限制者，既不得據以提起第三審上訴，自不得為非常上訴之理由。中華民國二十九年二月二十二日最高法院民、刑庭總會決議關於「訴訟程序違法不影響判決者，不得提起非常上訴」之見解，就證據未踐行調查程序部分而言，即係本此意旨，尚屬於法無違，與本院釋字第一八一號解釋，亦無牴觸。至關於證據未調查致訴訟程序違背法令，是否為同法第三百八十條之限制範圍，乃個案判斷問題，併予說明。

大法官會議 主 席 林洋港

大法官 翁岳生 翟紹先 楊與齡 李鐘聲
楊建華 楊日然 馬漢寶 劉鐵錚
鄭健才 吳 庚 史錫恩 陳瑞堂
張承韜 張特生

一部不同意見書 大法官 張承韜 楊日然 吳庚

解釋文

最高法院中華民國二十九年二月二十二日民、刑庭總會關於「原審之訴訟程序違法不影響判決者，不得提起非常上訴」之決議，係就刑事訴訟法第三百八十條不得上訴於第三審之情形而言，並不包括同法第三百七十九條第十款「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」之情形在內，自屬於法無違，與本院釋字第一八一號解釋亦無牴觸，更不發生限制非常上訴問題。

解釋理由書

構成第三審上訴理由之判決違背法令，可分為判決違法與訴訟程序違法兩種情形，前者係指不適用判決主文所由生之法則或適用不當，後者則指原審踐行之訴訟程序違背法律上之規定而言。判決違法時，因須另為其他判決，其必然影響於原判者，固無待論，訴訟程序

違法時，則視是否於判決有影響而異其處理方法。刑事訴訟法第三百七十九條所列各款當然違背法令之情形，或屬判決本身違法，或屬判決前重大之訴訟程序違法，既稱絕對的上訴理由，自不必再問其於判決有無影響，合則即應認上訴為有理由，構成撤銷原判決發回更審之原因，不合則應認上訴為無理由，以判決駁回之。此與同法第三百八十條規定「除前條情形外，訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由」，已將前述第三百七十九條之適用，排除在外，且其顯無影響判決之其他訴訟程序違法，又屬應認上訴為不合法而駁回上訴者不同，是則兩者之分際，應甚顯然。

刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」，為判決前訴訟程序違法之一種，重在證據之調查程序而非證據本身，與違反訴訟法上證據法則之為判決違法者不同，而如何調查證據定其取捨，形成正確心證以認定事實，乃事實審法院之職權，此觀同法第一百六十三條第一項規定「法院因發現真實之必要，應依職權調查證據」，第一百七十二條規定「當事人或辯護人聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之」甚明，是所謂應於審判期日調查之證據未予調查者，應指採納與待證事實有關之必要證據，及駁回與待證事實無關之不必要證據，俱已踐行調查程序而言，既屬必然影響判決之重大事項，此亦不容與同法第三百八十條規定其他訴訟程序違法顯不影響判決之情形相混淆。如有違反，在第三審應依刑事訴訟法第三百九十七條第四百零一條撤原判決，發回更審，在非常上訴審應依同法第四百四十七條第一項第二款撤銷其違法之訴訟程序。

非常上訴乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法，旨在糾正法律錯誤，藉以統一法律之適用，並兼顧被告之利益。刑事訴訟法第四百四十一條規定「判決確定後，發見該案件之審判違背法令者，最高法院之檢察長得向最高法院提起非常上訴」，雖無於判決無影響者不得提起之限制，惟不影響判決之訴訟程序違法事項，多屬訓示規定或細微末節，且第三審判決較之非常上訴判決，更具現實效力，多從被告利益著眼，同法第三百八十條既將訴訟程序違法顯於判決無影響者，作為不得上訴第三審之理由，則不論從解釋方法、目的

及訴訟經濟之觀點以言，最高法院民、刑庭總會決議就提起非常上訴案件，亦採同樣之限制，要無不合。

由上可知最高法院中華民國二十九年二月二十二日民、刑庭總會關於「原審之訴訟程序違法不影響判決者，不得提起非常上訴」之決議，係就刑事訴訟法第三百八十條不得上訴於第三審之情形而言，並不包括同法第三百七十九條第十款「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」之情形在內。至於本院釋字第一八一號解釋，係謂「依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬審判違背法令，應有刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款規定之適用」，與前開最高法院民、刑庭總會決議情形不同，亦無牴觸。

多數意見所通過之解釋意旨，似未將刑事訴訟法第三百七十九條第十款與同法第三百八十條規定之關係，及最高法院總會決議適用之範圍，確切指明，致同法第四百四十七條第一項第二款以撤銷訴訟程序違法為目的所得提起非常上訴之規定，隨之動搖，且未釐清證據與其調查程序之分際，於解釋法律應顧及其體系完整之方法，亦有未洽，爰提出此不同意見書

抄監察院函

(77)監台院議字第二五六三號

受文者：司法院

主旨：本院調查李○淵陳情一案，最高法院七十二年度台非字第一三五號刑事判決，依據該院二十九年二月廿二日刑庭總會決議，駁回上訴，其所持理由，與本院之見解有異，對於該一決議是否適法，適用範圍如何，均滋疑義，爰依貴院大法官會議法第七條規定，函請解釋，並就釋字第一八一號解釋併請補充解釋見復。

說明：

- 一、本院洪委員俊德、張委員文獻調查李○淵陳訴被人誣告贓物罪案件，法院判決不當，請予救濟乙案調查報告，前由本院於七十二年五月三日以(72)監台院調字第一二八四號函請法

務部依法予以救濟，經最高法院檢察署於七十二年五月廿九日向最高法院提起非常上訴，後由最高法院依據該院二十九年二月廿二日刑庭總會決議所持之見解，判決上訴駁回各在案。

- 二、經查最高法院對本案非常上訴駁回之理由，係依據該院廿九年二月廿二日刑庭總會之決議：「訴訟程序雖係違背法令，而於判決無影響者，不得提起非常上訴」。惟按依法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決為當然違背法令，刑事訴訟法第三百七十九條第十款定有明文，此一條款並無對於判決有無影響設有限制。易言之，即如有應於審判期日調查之證據而未予調查之違背程序之情事，不論對於判決之結果有無影響，其判決當然為違背法令，得為同法第四百四十一條非常上訴之原因。
- 三、按非常上訴在於糾正確定判決違背法令，藉以統一適用法律，並兼顧被告之利益為目的，刑事訴訟法第四百四十一條明定「判決確定後，發見該案件之審判係違背法令者，最高法院之檢察長得向最高法院提起非常上訴」，初無於判決無影響者不得提起之限制，且實務上因訴訟程序違背法令於判決無影響而經最高法院認為當然違背法令者比比皆是，觀諸二十七年上字第 0 七八號、三十七年特覆字第 2925 號、三十七年特覆字第 4948 號、五十年台上字第一四七一號、六十四年台上字第 2962 號、六十八年台上字第一 0 四六號暨六十八年台上字第 2330 號等判例即可瞭然，最高法院擅加限制，無異以決議變更法律，是否適法，即滋疑義。
- 四、另揆諸同法第三百八十條規定：「除前條情形外，訴訟程序雖係違背法令而顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由」，由該條首冠「除前條情形外」之文字觀之，其所謂訴訟程序違背法令而顯然於判決無影響者不得為上訴之理由，乃係專指第三百七十九條以外之情形而言，至為灼然。從而最高法院刑庭總會廿九年二月廿二日之決議，應係僅對第三

百八十條之規定，始有其適用，未可變更法律明文之規定。

五、次查釋字第一八一號解釋，其主旨在於有無刑事訴訟法第四百四十七條第一項第一款之適用問題，依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決即屬違背法令，應有上開條款之適用，亦即不僅除將確定判決違背法令部分撤銷外，如原判不利被告者，更應就該案件另行判決，以資救濟，而維國家刑罰權之正確行使，揆諸此一解釋之理由，彰彰甚明，非可誤謂：「依法應於審判期日調查之證據未予調查，若顯然於判決無影響者，並非違背法令」。假若如此誤解，則同法第三百七十九條第十款之規定，形同虛設。詳研廿九年二月廿二日之決議，凡與判決結果無影響者，一概不得上訴三審或提起非常上訴，顯屬違背第三百七十九條第十款之規定，而與釋字第一八一號解釋之精神，亦屬相悖，爰就上開解釋，請一併予以補充解釋，期臻明確，以免一再滋生疑義。

六、業經本年九月十三日本院第一九一四次會議決議：「函送司法院解釋見復」。

七、附件：

- (一)法務部七十二年七月四日法(72)檢八一三五號函影本（含最高法院檢察署非常上訴理由）。
- (二)法務部七十二年七月廿七日法(72)檢九三七五號函影本（含最高法院七十二年度台非第一三五號刑事判決）。
- (三)最高法院二十九年二月二十二日刑庭總會決議影本。

院長 黃尊秋