

# 《刑事訴訟法概要》

一、民國106年間檢察官為偵查甲所涉及之販賣毒品案件，向法院聲請強制處分，法院受理後，分案由乙法官承辦。該案嗣經檢察官偵查終結並起訴甲，案件分案給乙法官審理，後乙法官判決甲有罪。試問，此判決是否合法？（25分）

試題評析	本題在測驗強制處分專庭設置之相關問題。雖然法庭在法院組織法，但在強制處分上課時一再強調法官同一性的問題，都有一併提到法院組織法的新修正。建議先寫過往的問題再提到強制處分專庭，最後再寫訴訟上之法律效果。
考點命中	《刑事訴訟法(上)》，2016年8月(初版)，高點文化出版，王子鳴律師編著，頁2-1-31。

**答：**

(一)舊法時代強制處分法官同一性問題：

- 1.強制處分為刑事訴訟侵害基本權利之行為，因而強制處分發動前理應由法院作為事前審查，又有稱為法官保留原則。
- 2.原先實務對於偵查中強制處分之發動，如羈押採取絕對法官保留原則，關於該偵查中羈押審查之法官，若日後檢察官對該被告提起公訴，該案件審判之法官，即為偵查中審核是否羈押被告之法官。此乃基於法院內部分案之簡便，認為偵查中審核羈押之法官已較了解案情，有助於審判之進行。
- 3.惟學理針對此偵查中審核強制處分發動，又於審判中擔任審判之法官同一性問題，多有批評，認為有影響公平審判之疑慮，蓋偵查中若裁定羈押，已透露出有罪心證，日後判決有罪之可能性大增，亦有違無罪推定原則。
- 4.此外，強制處分發動亦具有一定之專業性、時效性，實務僅依內部分案之簡便輪配，對強制處分之發動把關上是否足以保障被告權利，實有疑義。

(二)新法強制處分專庭之設置：

- 1.有鑒於上開弊病，民國(下同)105年6月22日新增法院組織法第14條之1規定：「(第1項)地方法院與高等法院分設刑事強制處分庭，辦理偵查中強制處分聲請案件之審核。但司法院得視法院員額及事務繁簡，指定不設刑事強制處分庭之法院。(第2項)承辦前項案件之法官，不得辦理同一案件之審判事務。(第3項)前2項之規定，自中華民國106年1月1日施行。」
- 2.因此，法院組織法要求原則上必須設置強制處分專庭，由該專庭法官職司偵查中強制處分准否之審查，以符合強制處分發動之專業性、時效性需求。且該強制處分發動准否之審查法官，即不得再於審判中擔任該案件之承審法官，以確保法官之中立性。

(三)據此，本題中，為106年之偵查中強制處分核准案件，符合法院組織法第14條之1第3項，該強制處分專庭已實施。故法院原則上應設立強制處分專庭，將該強制處分核准案件分由專庭法官。本題中分由乙法官承辦後，檢察官起訴被告甲，依法院組織法第14條之1第2項規定，乙法官即不得再行為該案件之承審法官。若為判決，該判決應有違反刑事訴訟法第379條第2款：『依法律或裁判應迴避之法官參與審判』，為判決當然違背法令。

二、被告乙犯強制性交罪，於第一審判決後，法院未教示乙得請求原審辯護人提出上訴理由狀，乙亦於未經選任辯護人或指定辯護人的協助下，逕行提起上訴，並於上訴後未重新選任辯護人，在該案件第二審法院得以開始實體審理程序前，第二審法院是否應為被告另行指定辯護人，以協助被告提出其上訴之具體理由？（25分）

試題評析	本題在測驗實務見解的變更。原先實務認為應告知被告其原審辯護人協助上訴義務，但近來實務見解變更，且已做成決議採否定說。考試上應先寫原先實務見解再到新進決議，清楚交代這中間的見解變更。時間允許的話，可以一併交代對此新決議的批評見解。
考點命中	1.《刑事訴訟法(上)》，2016年8月(初版)，高點文化出版，王子鳴律師編著，頁1-2-88。 2.《刑事訴訟法(上)》，2016年8月(初版)，高點文化出版，王子鳴律師編著，頁4-4-26。 3.《高點·高上106地特考猜》刑事訴訟法，鳴律編撰，重點2。相似度100%！

**答：**

- (一)刑事訴訟法(下同)第361條第1項規定：「不服地方法院之第一審判決而上訴者，應向管轄第二審之高等法院為之。」同條第2項規定：「上訴書狀應敘述具體理由。」由於要求提出「具體理由」，對於經濟上之弱勢，無辯護人協助之被告極為不利，甚而產生「上訴第二審的鴻溝」。
- (二)對此鴻溝之填補，原先實務將強制辯護案件的「審級代理原則」延伸至第二審上訴的「上訴狀代撰義務」，認為基於「實質辯護義務」，以及第346條辯護人為被告利益上訴規定、公設辯護人條例第17條：「公設辯護人辯護案件，經上訴者，因被告之請求，應代作上訴理由書或答辯書」之規定，認為原審之辯護人有為被告代作上訴理由書之義務。被告倘已於法定期間提起上訴，如因智能、知識程度不足，不知得請求公設辯護人代作上訴理由書，致所提之上訴理由書未能敘述具體理由時，本於刑事訴訟法強制辯護案件立法意旨亦使智能、知識不足及經濟弱勢之人有受辯護人協助之權利，法院自應以適當方法告知被告有請求公設辯護人代作上訴理由書之權利。（最高法院98年度台上字第5354號判決、最高法院99年度台上字第1836號判決意旨參照）
- (三)惟近期出現與上開不同之見解（如最高法院105年度台非字第67號判決）。為此裁判歧異，最高法院召開106年度第12次刑事庭會議決議對此告知義務採取否定見解，主要理由基於：
- 1.第一審選任或指定辯護人是否善盡協助被告上訴之職責，以及被告是否及如何要求第一審選任或指定辯護人代為或協助其為訴訟行為，要與被告於第二審實體審理時未經辯護人為其辯護之情形有別，亦非居於公平審判地位之法院所應介入。
  - 2.況且，關於強制辯護案件之被告不服第一審判決提起上訴時所撰寫之上訴理由狀，如未具體指摘原判決有何違法或不當之情形時，法律並無明文規定第二審法院必須指定辯護人命其代為提出上訴之具體理由。
- (四)據此，本題中，第一審判決後法院未教示乙得請求原審辯護人提出上訴狀，並無違法。且第二審法院亦無義務為被告另行指定辯護人以協助被告提起上訴之具體理由。
- (五)對此，有論者批評，本次決議「免除法院對被告的訴訟照料義務，並有架空強制辯護制度之不當」、「本次決議課予辯護人法律所未規定之權責，且亦陷律師於違反律師法及律師倫理規範之不義」、「本次決議強課辯護人法律所無之義務，不僅違反法律保留原則，且亦侵犯契約自由之範疇；蓋若原審終局判決後，被告與原審辯護人間之信賴關係不再（想換律師），本無由強令被告必須由原審辯護人代撰第二審上訴之具體理由（書狀）」。

三、甲、乙共同對丙為傷害行為，經檢察官提起公訴後，於準備程序時，丙未委任律師為訴訟代理人，丙對法官表示：「已與甲和解，願意原諒甲，僅欲單獨對甲撤回告訴，因乙不承認犯罪，不願意原諒乙，也不對乙撤回告訴。」並當庭具狀撤回對甲之告訴，則丙對甲撤回告訴之效力如何？（25分）

<b>試題評析</b>	本題在測驗撤回告訴不可分之問題。不過特別的地方在於被害人丙並未委任律師為訴訟代理人（正確用語應該是告訴代理人），其是否知悉僅對共犯一人撤告之效力為何，法院是否應告知？此目前法無明文，建議從相關被害人保障之法理出發論述。
<b>考點命中</b>	《刑事訴訟法(上)》，2016年8月(初版)，高點文化出版，王子鳴律師編著，頁2-1-17。

**答：**

(一)基於告訴撤回不可分效力，僅對甲撤告效力及於乙：

- 1.依刑事訴訟法第239條規定：「告訴乃論之罪，對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力及於其他共犯」又稱為告訴及撤回告訴不可分原則。立法意旨認為，共犯間對於犯罪本質具有互相利用之關係，為求偵查之便利，訴追條件之充實，自無庸為逐一之告訴。撤回告訴時，亦本於公平及訴追條件一致，遂有不可分效力。
- 2.該告訴撤回不可分效力，僅於通姦案件對於配偶之撤回設有例外規定，該條但書規定，對於配偶撤回告訴，其效力不及於相姦人。此乃立法者認為基於夫妻情誼對配偶撤告者所在多有，但若效力及於相姦人實有違人情，故僅對此設一例外。
- 3.本題中，甲、乙共同傷害丙，涉犯刑法第277條普通傷害罪，為告訴乃論案件。丙對甲或乙一人提出告訴時，效力及於他方。今丙僅願對甲一人撤告，依第239條撤回告訴不可分規定，該對甲撤回告訴之效力，

亦應及於共犯乙。

(二)惟被害人丙未選任訴訟代理人(告訴代理人)，應予注意保障其訴訟權：

- 1.現行被害人欲參與案件或了解訴訟之進行，多依236條之1、271條之1規定委任律師為告訴代理人，以行使意見表達或閱卷權。因而，對相關訴訟案件進行之權益及問題，亦多請教該告訴代理人之告知。
- 2.本題中，被害人丙於準備程序中並未委任律師為告訴代理人，似乎並不知撤回告訴不可分效力。有鑒於近來對於被害人權益保障之思潮，檢察官又負擔國家擔任控訴方之原告，依第3條規定負有客觀性義務，有利不利應予注意之本旨，應由檢察官告知被害人丙撤回告訴不可分效力之後果。
- 3.至於可否由法院告知被害人相關訴訟上之權益？本文認為法院因本於公平性及中立性立場，故不宜由法院告知被害人。

四、被告丙因犯竊盜罪經第一審法院判決無罪，嗣經第二審法院撤銷原審無罪判決而自為有罪判決者，得否提起第三審上訴？(25分)

試題評析	本題在測驗「覆判權」，此為近來的新爭點，亦有大法官解釋以及最新修法，相信對考生並無突襲。
考點命中	《高點・高上106地特考猜》刑事訴訟法，鳴律編撰，重點6。相似度100%！

答：

- (一)(舊)刑事訴訟法(下同)第376條規定：「下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院：一、最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。二、刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。...。」因此，本題中被告丙因竊盜罪第一審判決無罪，第二審撤銷原審判決改判有罪，依舊法規定，即不得上訴第三審法院。
- (二)但已具內國法性質之公民與政治權利國際公約(下稱公政公約)第14條第5項揭櫫：「經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。」本於此公約之「覆判權」要求，上開不合理之規定屢遭批評。遂大法官752號解釋意旨認為：「就第二審撤銷原審無罪判決並自為有罪判決者，被告不得上訴於第三審法院部分，未能提供至少一次上訴救濟之機會，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。」
- (三)本於上開公約及大法官解釋，立法院於106年11月8日三讀修正通過第376條規定：「(第1項)下列各罪之案件，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴：...」。
- (四)據此，本題中被告丙因竊盜罪第一審判決無罪，第二審撤銷原審判決改判有罪，依大法官752號解釋或新修正之第376條第1項第2款規定，得提起第三審上訴。惟若第三審撤銷發回後，第二審仍判決有罪，依新修正之第376條第2項規定，即不得再上訴第三審，併此序明。

【版權所有，重製必究！】