

智慧財產及商業法院刑事判決

113年度刑智上訴字第5號

上訴人 臺灣桃園地方檢察署檢察官
被告 東金電機有限公司
兼代表人 張朝益
被告 郭世珏
詹啟宏

上列上訴人因被告等違反著作權法案件，不服臺灣桃園地方法院110年度智訴字第5號、第6號，中華民國112年8月14日第一審判決（起訴案號：臺灣桃園地方檢察署108年度調偵字第75號、追加起訴案號：110年度偵字第6411號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣桃園地方法院。

理 由

一、按刑事訴訟法第17條第7款規定：「法官於該管案件有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者。」旨在避免法官就同一案件曾因執行檢察官或司法警察官之職務，而生主觀預斷或違反控訴及無罪推定原則之疑慮，以確保人民得受公平之審判，而維繫人民對司法公正性之信賴。因此，法官曾執行檢察官或司法警察官之職務者，應依上述規定自行迴避，若未自行迴避而仍參與審判者，其判決自有同法第379條第2款所規定之當然違背法令之情形。又訴訟程序之瑕疵，對被告權益未生影響、訴訟經濟之考量等情形下，或可藉由事後補正、追認及後續訴訟之接續進行，而受治癒或視同治癒。然非所有之瑕疵訴訟行為均可獲得治癒，觀諸刑事訴訟法第379條第1款之法院組織不合法、第2款之應迴避之法官參與審判、第13款之未參與審理之法官參與判決，因違反法官保留原則、公平法院原則等基本之刑事訴訟原則，縱為被告無罪之諭知，仍

01 不能認此等重大瑕疵因上訴於上級法院審判而得以補正或治
02 癒。

03 二、經查：本件原審法院於民國110年8月20日針對本案之被告東
04 金電機有限公司、張朝益、郭世珏及詹啟宏等人行準備程序
05 時，由時任檢察官之古御詩到庭執行公訴檢察官之職務，有
06 卷附原審準備程序筆錄一份可稽（見原審110年度智訴字第5
07 號卷2第51頁、110年度智訴字第6號卷2第51頁）；嗣原審於
08 112年5月2日、同年月3日、同年7月11日行審理程序時，由
09 同院刑事第3庭審判長法官謝順輝、陪席法官古御詩及受命
10 法官施育傑合議審理並參與判決，亦有卷附原審審判筆錄3
11 份及判決書1份可參（見原審110年度智訴字第5號卷2第21
12 9、295頁、卷3第33頁；原審110年度智訴字第6號卷2第21
13 9、295頁、卷3第85至97頁），可認陪席法官古御詩並未依
14 刑事訴訟法第17條第7款規定自行迴避，而仍參與同一案件
15 之審判，依首揭說明，其判決自有刑事訴訟法第379條第2款
16 所規定之當然違背法令之情形。

17 三、按第二審法院就上訴有理由或雖無理由但原判決不當、違法
18 者，除因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤
19 銷之情形，得發回原審外，原則上應撤銷原審判決並自為判
20 決，固為刑事訴訟法第369第1項但書所明定；且原審為被告
21 等無罪之判決，雖對被告等有利，惟本院審酌原審之陪席法
22 官古御詩前曾擔任本案到庭執行公訴之檢察官職務，而未自
23 行迴避猶參與其後同一案件即本案之審判，顯已違反審檢分
24 立、控訴原則及公平法院等憲法保障訴訟權之規定，難認原
25 審此項訴訟程序之重大瑕疵，得因上訴補正或治癒，其情形
26 與第369條第1項但書所定「諭知管轄錯誤、免訴、不受理之
27 判決」等未經第一審實質審理而缺少一個審級之情形，實屬
28 相當，是參酌刑事訴訟法第369條第1項但書規定之立法精神
29 及規範目的，實有將本案發回原審法院更為適法裁判之必
30 要。

01 四、綜上，原審法院合議庭陪席法官古御詩既有上開應自行迴避
02 之事由，即應自行迴避，原審法院不查，仍由古御詩法官參
03 與本案審理並為裁判，即有判決當然違背法令之違誤，且該
04 瑕疵無法因上訴本院而得以治癒或視同治癒。檢察官上訴指
05 摘及此，為有理由，自應由本院將原判決撤銷，發回原審法
06 院更為審理，且不經言詞辯論為之。

07 據上論斷，依刑事訴訟法第369條第1項、第372條，判決如主
08 文。

09 中 華 民 國 113 年 4 月 29 日

10 智慧財產第四庭

11 審判長法 官 張銘晃

12 法 官 林惠君

13 法 官 蕭文學

14 以上正本證明與原本無異。

15 如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其
16 未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書
17 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

18 中 華 民 國 113 年 4 月 30 日

19 書記官 郭宇修