臺灣高等法院臺中分院刑事判決

115年度上訴字第304號

上　訴　人
即　被　告　楊博儒
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人　陳冠銘

上列上訴人即被告因重傷害未遂案件，不服臺灣臺中地方法院114年度訴字第981號中華民國114年12月5日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署114年度少連偵字第175號；移送併辦案號：臺灣臺中地方檢察署114年度少連偵字第263號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣臺中地方法院。

理　由

一、按依法律或裁判應迴避之法官參與審判者，依刑事訴訟法第379條第2款規定，其判決當然違背法令。為維護法官中立性之要求，本於貫徹公平審判之法官迴避制度之本旨，民國105年6月22日法院組織法第14條之1第1項增訂：「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。」同時於第2項規定：「承辦前項案件之法官，不得辦理同一案件之審判事務。」之規定，如屬該規定所應迴避之法官參與本案之審判者，自屬違法（最高法院114年度台上字第5136號判決意旨參照）。又刑事訴訟上所稱之訴訟行為（包括法院、訴訟當事人、第三人）係指符合法定要件且足以發生訴訟上原有效果之行為，當訴訟行為發生瑕疵時，於當事人未異議、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，然並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，屬嚴重違背程序之重大瑕疵，侵害被告訴訟權，不能認因上訴於上級法院審判，或由第二審將第一審判決違法或不當部分撤銷，就該案自為判決，而得以補正或治癒。經查，臺灣臺中地方檢察署檢察官前以上訴人即被告楊博儒（下稱被告）涉犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪嫌，向原審法院聲請羈押，經原審法院丁智慧法官審核後，認被告犯罪嫌疑重大，有刑事訴訟法第101條第1項第2款、第3款之羈押原因，而有羈押之必要，裁定自114年5月12日起執行羈押2月在案，有臺灣臺中地方檢察署羈押聲請書及原審法院押票在卷（見原審法院114年度聲羈字第498號卷第3至9、21頁）。是原審法院陪席法官丁智慧法官既已參與起訴前之檢察官羈押聲請，進而為羈押之裁定，對被告之案情已知悉而有預斷之可能性，客觀上足以使一般人懷疑法官有主觀預斷成見，難以維持公平審判之外觀及裁判之公信力，本應迴避，不得再辦理同一案件之審判事務，惟未依法迴避，仍辦理本案之審理及判決等審判事務，依首揭說明，其判決當然違背法令，且有礙當事人受法院公平審判之訴訟權利，侵害審級利益，應認屬訴訟行為嚴重違背程序之重大瑕疵。

二、又第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該案件自為判決；但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院，刑事訴訟法第369條第1項定有明文。本條但書雖未規定法官迴避之情形，惟本院考量刑事訴訟法第369條第1項但書規範目的，在於維護當事人之審級利益，蓋原審諭知管轄錯誤、免訴、不受理之判決，因未經實質審理，等同缺少一個審級之利益，故有發回原審審理之必要，而本案原審判決由依法律應迴避之法官參與審判，所踐行訴訟程序違背法令，剝奪被告所應

享有之憲法上正當法律程序保障，實質損害當事人審級利益，有訴訟程序之重大瑕疵，且難認此項重大瑕疵得因上訴而補正或治癒，與刑事訴訟法第369條第1項但書所定「諭知管轄錯誤、免訴、不受理之判決」等未經第一審實質審理而缺少一個審級之情形相當，故認有維持審級利益，依刑事訴訟法第369條第1項但書立法精神及規範目的，將本案發回原審法院更為適法裁判之必要。

三、綜上所述，原審判決由應迴避之法官辦理同一案件之審判事務，所踐行訴訟行為有重大瑕疵，無法因上訴本院而得以治癒或視同治癒，且不利於被告。被告上訴意旨雖未指摘及此，然此為本院依職權調查事項，原審判決既有前開違誤，為維護當事人審級利益，應由本院將原判決撤銷，發回原審法院，另為適法之處理，並不經言詞辯論為之。

據上論斷，應依刑事訴訟法第372條、第369條第1項但書，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　21　　日

刑事第八庭　審判長法　官　張　靜　琪

法　官　黃　小　琴

法　官　柯　志　民

以上正本證明與原本無異。

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（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　劉　雅　玲

中　　華　　民　　國　　115　　年　　5　　月　　21　　日