

臺灣高等法院刑事判決

113年度上訴字第5113號

上訴人 臺灣新竹地方檢察署檢察官
上訴人
即被告 簡慶鴻

選任辯護人 林士淳律師(法扶律師)

上列上訴人等因被告違反毒品危害防制條例等案件，不服臺灣新竹地方法院111年度訴字第861號，中華民國113年8月2日第一審判決（起訴案號：臺灣新竹地方檢察署111年度偵字第10458、13918、13919號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣新竹地方法院。

理 由

一、按法官迴避制度目的有二，其一在確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突解釋；其二是要求法官避免因先後參與同一案件上下級審判及先行行政程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義。故法官迴避制度乃確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨所不可或缺，屬憲法第16條訴訟權保障之核心內容，如有違反，即屬刑事訴訟法第379條第2款所列當然違背法令事由。又為貫徹重大強制處分採取法官保留原則之趨勢與要求，兼顧審查之時效性與專業性，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」規定，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。」上開條文係照立法院黨團協商通過，而依該協商之審查會通過之條文對照表說明所載，上開第2項規定乃係因應法官曾

01 參與先前偵查中強制處分之程序，而對案情有所知悉並作成
02 決定，恐有預斷，為維護法官中立性功能，並貫徹公平審判
03 原則，所增列應行迴避之特別規定，核屬刑事訴訟法第379
04 條第2款所稱「依法律」應迴避之法官，如未迴避而參與審
05 判，自屬違法（最高法院110年度台上字第3037號刑事判決
06 意旨參照）。又刑事訴訟上所稱之訴訟行為（包括法院、訴
07 訟當事人、第三人）係指符合法定要件且足以發生訴訟上原
08 有效果之行為，當訴訟行為發生瑕疵時，於當事人未異議、
09 對被告權益未生影響、訴訟經濟之考量等情形下，或可藉由
10 事後補正、追認及後續訴訟之接續進行，而受治癒或視同治
11 癒，然並非所有之瑕疵訴訟行為均可獲得治癒，觀諸刑事訴
12 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
13 官參與審判、第13款之未參與審理之法官參與判決，因違反
14 法官保留原則、公平法院原則等基本之刑事訴訟原則，屬嚴
15 重違背程序之重大瑕疵，侵害被告訴訟權，不能認因上訴於
16 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
17 銷，就該案自為判決，而得以補正或治癒（最高法院89年度
18 台上字第1877號、109年度台上字第3604號刑事判決意旨參
19 照）。

20 二、經查，本案起因為同案被告陳國忠遭檢舉涉嫌以持用行動電
21 話（下稱A行動電話）聯繫，進而販賣毒品，經員警報請檢
22 察官指揮偵辦，再由檢察官向原審法院聲請核發通訊監察書
23 經准許，而經員警依同案被告陳國忠持用A行動電話於通訊
24 監察期間之聯繫過程，研判持用系爭門號0000000000號行動
25 電話（下稱系爭行動電話）之被告或有可能即為同案被告陳
26 國忠毒品上手，因而向檢察官報告並由檢察官向原審法院聲
27 請對被告所持用之系爭行動電話為通訊監察，嗣經原審法院
28 楊祐庭法官審核後核發111年聲監字第19號通訊監察書（監
29 察期間自111年1月28日10時至111年2月26日上午10時止）。
30 之後由員警對系爭行動電話執行通訊監察等之偵查中強制作
31 為，認被告於通話內容疑有毒品交易訊息，遂向檢察官聲請

01 核發拘票，而於111年7月20日15時30分許拘提被告到案，再
02 由檢察官於111年8月17日向原審法院聲請許可通知受監察人
03 即被告，同經原審法院楊祐庭法官審核後核發通訊監察結束
04 通知書，上情均經本院調取並核閱原審法院111年聲監字第1
05 9號毒品危害防制條例通訊監察卷宗全卷無訛。而被告經拘
06 提到案，同時經員警附帶搜索查扣系爭行動電話，經被告表
07 示有使用系爭行動電話下載LINE通訊軟體（下稱LINE），用
08 以與他人聯繫。經檢視後其中即有如起訴意旨所載，與證人
09 即買受毒品之高莉萍之聯繫毒品交易事宜，再經檢察官核發
10 傳票通知證人高莉萍到案說明，亦證實上開與被告間之毒品
11 交易行為，檢察官遂起訴本件被告之販賣毒品犯行。而本件
12 販賣毒品犯行，依法應行合議審判，本件起訴後分由法官郭
13 哲宏為受命法官，然陪席法官則為楊祐庭法官，惟如上述，
14 楊祐庭法官曾參與起訴前本案偵查中聲請通訊監察之審核，
15 更先後為核准及通知監察人之處分，有上開案卷可稽，依法
16 院組織法第14條之1第2項規定，其不得辦理同一案件之審判
17 事務，況檢察官執系爭行動電話及其LINE對話紀錄為本件被
18 告犯行之證據資料，原審於審判程序中亦為提示並經被告稱
19 確持用系爭行動電話與證人高莉萍聯繫，並同意認定為犯罪
20 工具（原審卷第305頁），則原審法院陪席法官楊祐庭法官
21 對於被告之案情前已知悉而有預斷，客觀上將足以使一般人
22 懷疑法官已經具有主觀預斷成見，而難以維持公平審判之外
23 觀及裁判之公信力，本應迴避，卻未依法迴避，參與本案之
24 審判，依首揭說明，其判決為當然違背法令，且有礙當事人
25 受法院公平審判之訴訟權利，侵害審級利益，應認屬訴訟行
26 為嚴重違背程序之重大瑕疵。

27 三、再者，第二審法院認為上訴有理由，或上訴雖無理由，而原
28 判決不當或違法者，應將原審判決經上訴之部分撤銷，就該
29 案件自為判決；但因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理
30 係不當而撤銷之者，得以判決將該案件發回原審法院，刑事
31 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

01 之情形，惟本院考量刑事訴訟法第369條第1項但書規範目
02 的，在於維護當事人之審級利益，蓋原審諭知管轄錯誤、免
03 訴、不受理之判決，因未經實質審理，等同缺少一個審級之
04 利益，故有發回原審審理之必要，而本案原審判決由依法律
05 應迴避之法官參與審判，所踐行訴訟程序違背法令，剝奪被
06 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
07 級利益，有訴訟程序之重大瑕疵，且難認此項重大瑕疵得因
08 上訴而補正或治癒，與刑事訴訟法第369條第1項但書所定
09 「諭知管轄錯誤、免訴、不受理之判決」等未經第一審實質
10 審理而缺少一個審級之情形相當，故認有維持審級利益，依
11 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
12 發回原審法院更為適法裁判之必要。

13 四、綜上所述，原審判決上開部分由應迴避之法官參與審判，所
14 踐行訴訟行為存有重大瑕疵，無法因上訴本院而得以治癒或
15 視同治癒，且不利於被告，被告上訴意旨雖均未指摘及此，
16 然此為本院依職權調查事項，且檢察官亦執此情上訴，原審
17 判決既有前開違誤，為維護當事人審級利益，應由本院將原
18 判決撤銷，發回原審法院，另為適法之處理。

19 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項但書，判決如主文。

20 中 華 民 國 113 年 10 月 17 日
21 刑事第十六庭 審判長法官 劉嶽承
22 法官 王耀興
23 法官 古瑞君

24 以上正本證明與原本無異。

25 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
26 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
27 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

28 書記官 林君縈

29 中 華 民 國 113 年 10 月 17 日