臺灣高等法院刑事判決

115年度上訴字第2725號

上　訴　人
即　被　告　郭士睿
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

選任辯護人　蘇慶良律師

上列上訴人因詐欺等案件，不服臺灣臺北地方法院114年度審訴字第1534號，中華民國114年10月28日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署114年度偵字第14314號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣臺北地方法院。

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，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」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

決定，恐有預斷，為維護法官中立性功能，並貫徹公平審判原則，所增列應行迴避之特別規定，核屬刑事訴訟法第379條第2款所稱「依法律」應迴避之法官，如未迴避而參與審判，自屬違法（最高法院110年度台上字第3037號刑事判決意旨參照）。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（最高法院89年度台上字第1877號、109年度台上字第3604號刑事判決意旨參照）。

二、經查，原審法院呂政燁法官前曾參與起訴前被告本案偵查中聲請搜索票之審核，進而為核准之處分，有臺灣臺北地方法院114年聲搜字第776號搜索票、聲請搜索案件歷次紀錄表附卷可考，且經本院調閱上開卷宗查明無誤，依法院組織法第14條之1第2項規定，其不得辦理同一案件之審判事務；復稽諸新北市政府警察局新店分局搜索票聲請書所檢附之偵查報告，詳載被告擔任114年2月20日共同被告江育翰向告訴人鐘昱杰收取現金時之監控及收水角色，而共犯如原判決所援引起訴書事實欄所載之犯罪事實，並有相關蒐證資料（見原審法院114年度聲搜字第776號卷），足認原審法院法官對於被告之案情已知悉，客觀上足以使一般人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觀及裁判之公信力。則原審法院法官未依法迴避，仍參與本案之審判，依首揭說

明，其判決為當然違背法令，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。

三、再者，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。

四、綜上所述，原審判決由應迴避之法官參與審判，所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視同治癒，且不利於被告，被告上訴意旨雖均未指摘及此，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。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項但書，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　29　　日

刑事第二十庭　審判長法　官　周煙平

法　官　陳正偉

法　官　林鈺珍

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　張儒雅

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　29　　日