

「第一審辯護人有無代被告提上訴理由書義務」問題研究

－ 以最高法院判決見解為核心

刑事程序法 葉建廷律師
委員會主委 2012.3.9

壹、前言

一、最高法院 98 年度台上字第 5354 號判決意旨

96 年 7 月 4 日修正公布之刑事訴訟法增訂第 361 條第 2 項規定¹後，解釋論上對於法文中所謂「具體理由」意義為何，於個案適用上即產生爭議。對此，最高法院 98 年度台上字第 5354 號判決除就上訴書狀是否具備「具體理由」表示意見外²，復基於「空白上訴避免」及「刑事被告有權受實質訴訟救濟保障」等目的之兼顧³，以「辯護人應盡其忠實辯護及執行職務之義務」、「刑事訴訟法第 346 條」及「公設

¹ 刑事訴訟法第 361 條第 2 項規定：「上訴書狀應敘述具體理由。」參照。

² 最高法院 98 年度台上第 5354 號判決意旨：「又第二審上訴之目的，既在於請求撤銷、變更原判決，則所謂具體理由之審查，當係指相對應於第一審判決之採證認事、用法或量刑等各項有無顯然影響於判決之違法或不當而言，並因個案之不同而具浮動性。上訴理由之敘述，應先合乎具體之要求，始有所敘述可取與否之實體審理與判斷之問題。上訴書狀所敘述原判決如何足以撤銷、如何應予變更之事實上或法律上之具體事項（包括提出利己之事證，期使第二審法院採納，俾為有利之認定），除其所陳之事由，與訴訟資料所載不相適合者外，倘形式上已足以動搖原判決使之成為不當或違法而得改判之事由者，均應認符合具體之要件。」參照。

³ 最高法院 98 年度台上第 5354 號判決意旨：「然此上訴理由之敘述如何得謂具體，與法院審查之基準如何，攸關是否契合法定具體理由之第二審上訴門檻，自屬訴訟權保障之核心內容。國家機關為防止先前「空白上訴」之流弊，改採對於被告訴訟（上訴）權限制較大之現制，雖屬立法政策之形成，未逾立法裁量之範疇。惟我國並未採取律師強制代理制度，此之加擔限制，極有可能因被告囿於專業法律知識之不足，或因智能不足無法為完全之陳述等不可歸責於己之事由，因而被剝奪其上訴權。……俾能在節制濫行上訴之立法意旨與刑事被告有權受實質訴訟救濟之保障間，求得衡平。」參照。

1 辯護人條例第 17 條」規定之法理為據，進而認為「被告得
2 請求第一審辯護人代作上訴理由書」、「第一審受選任或指
3 定之辯護人有為被告代作上訴理由書之義務」⁴；至於在第一
4 審無辯護人之被告，第二審法院應行使闡明權，並於探
5 究被告上訴書狀之真義後方能審查上訴書狀是否符合具體
6 理由之法定要件⁵。

7 二、最高法院 98 年度台上字第 5354 號判決有關「第一審受選 8 任或指定之辯護人有為被告代作上訴理由書義務」之見 9 解，在適用上之疑義

10 (一) 最高法院 98 年度台上字第 5354 號判決基於「避免被告囿
11 於專業法律知識之不足、或因智能不足無法為完全陳述等
12 不可歸責於己之事由，而被剝奪其所應有之上訴權」之考
13 量，為求「節制濫行上訴之立法意旨」與「刑事被告有權
14 受實質訴訟救濟保障」之衡平，而以前開法理認為「第一

⁴ 最高法院 98 年度台上第 5354 號判決意旨：「又刑事被告有受其每一審級所選任或經指定之辯護人協助之權利，此每一審級之射程，至上訴發生移審效力為止，此觀刑事訴訟法第三百四十六條之規定，賦予原審辯護人得為被告利益上訴之權，以及終局判決後原審辯護人仍得檢閱卷宗及證物等權利至明。祇因先前係採「空白上訴」制，以致終局判決宣告後至移審效力發生之間此一空檔辯護人之地位，向被漠視而已。基於辯護人應盡其忠實辯護及執行職務之義務，則第一審辯護人為被告之利益提起第二審之上訴，自應依上開規定，以上訴書狀敘述上訴之具體理由，要屬當然。倘若被告在第一審有選任或經法院指定辯護人為其辯護，則被告於上訴期間內提起之第二審上訴，如未據其原審辯護人代作上訴理由書狀者，本乎上開辯護權射程之當然延伸及刑事訴訟法第三百四十六條與公設辯護人條例第十七條等規定之相同法理，被告自得請求原審辯護人代作上訴理由書，原審辯護人亦有代作之義務，庶符辯護人係為維護被告正當之權益而存在，以落實被告有效受辯護人協助之權利。」參照。

⁵ 最高法院 98 年度台上第 5354 號判決意旨：「至若被告在第一審未選任或未經指定辯護人者，則第二審法院於審查其上訴理由是否符合具體之要件時，在兼顧被告應有受實質救濟機會之訴訟權保障下，自仍得行使必要之闡明權，使為完足之陳述，究明其上訴書狀之真義為何，然後再就上訴書狀之所載與原判決之全貌意旨為綜核、整體性之觀察，供為判斷之準據。」參照。

1 審受選任或指定之辯護人有為被告代作上訴理由書之義
2 務」。該判決保障人民權益並體現對弱勢被告關懷之高度
3 正義感，立意固然良善，惟其「論理基礎」與所推導之「結
4 論」間似有諸多未盡吻合之處，蓋：

5 1、該判決以「辯護人應盡其忠實辯護及執行職務之義務」
6 作為論理之基礎，但刑事訴訟法第 30 條第 2 項有關辯護
7 人選任效力之範疇係以「每審級」為限⁶，而「審級」之
8 意義乃始於各審級訴訟之繫屬而終於各審級訴訟關係之
9 消滅⁷，換言之，每一審級辯護人之責任與義務，原則上
10 應始於訴訟之繫屬而終於訴訟關係之消滅(終局判決作
11 成)，是以該判決之見解某程度上與現行法規範似有未合
12 之處。

13 2、而該判決另以「刑事訴訟法第 346 條」⁸及「公設辯護人
14 條例第 17 條」⁹作為法理依據，在「未區分案件類型與
15 辯護人受任方式」之情形下，逕認所有一審之辯護人皆
16 有為被告代作上訴二審理由書之義務，然而：

17 (1) 「刑事訴訟法第 346 條」與「公設辯護人條例第 17 條」
18 所適用之辯護人類型本即不同，且自文義上「得」與「應」

⁶ 刑事訴訟法第 30 條 2 項：「前項委任書狀，於起訴前應提出於檢察官或司法警察官；起訴後應於每審級提出於法院。」參照。

⁷ 最高法院 94 年度第 6、7 次刑事庭會議意旨：「刑事案件，一經提起公訴、自訴或上訴而繫屬於法院，訴在該審級法院繫屬中，訴訟主體相互間即發生訴訟上之權利義務關係，此訴訟關係，法院與當事人均應受其拘束，故訴訟繫屬繼續中，訴訟關係固然存在，該繫屬法院自應加以審判，但一經終局裁判，審級訴訟關係即已消滅。從而自訴案件倘經繫屬之第一審或第二審法院為終局判決，原有審級之訴訟關係即歸於消滅，當事人若提起第二審或第三審上訴，乃繫屬於另一審級之開始，與該上訴審發生另一審級之訴訟關係，自訴人應依修正後之規定委任律師為代理人。」

⁸ 刑事訴訟法第 346 條：「原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴。但不得與被告明示之意思相反。」參照。

⁹ 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。」參照。

1 之差別亦可窺知二者所負義務之區別，則該判決在未探
2 究前開法律何以為不同規範目的與理由，遽將不同類型
3 辯護人之義務等量齊觀，則其見解似有未洽；

4 (2) 事實上，刑事訴訟法第 346 條所規定者乃「得為被告之
5 利益而上訴」、「但不得與被告明示之意思相反」，查其
6 規範之文義可知：

7 i. 第一審辯護人為被告上訴並非規範上所課予之義務，
8 毋寧僅係辯護人之權利，蓋本條所規定者乃「得」而
9 非「應」，是以尚不能以本條規定遽認辯護人有此義
10 務，而辯護人之所以有為被告上訴之權利，實係緣於
11 被告之上訴權而來，是以本條但書乃規定辯護人之上
12 訴「不得與被告明示之意思相反」。

13 ii. 蓋辯護人與被告關係之建立，係本於雙方之委任契約
14 與彼此之信賴關係，辯護人有無「權利」為被告提起
15 上訴尚應視被告之意思而定，倘若被告不欲使辯護人
16 為其上訴或代作上訴理由書，則辯護人不僅無此「權
17 利」亦無此一「義務」，其理自明。

18 iii. 是以依刑事訴訟法第 346 條規定之文義，實可推知立
19 法者對於辯護人有無為被告上訴或代作上訴理由書
20 義務之判斷，係採取尊重當事人自主意思之立場，換
21 言之，辯護人於個案中是否有此一「義務」，實應依
22 當事人間委任契約之內容而定。

23 iv. 惟該判決並未考量當事人意思自主與契約自由原則，
24 而全面性地認定第一審受選任或指定之辯護人皆有
25 為被告代作上訴理由書之義務，其見解之立論基礎與

1 推演過程似均有未妥之處。

2 3、且該判決雖以「避免被告囿於專業法律知識之不足、或
3 因智能不足無法為完全陳述等不可歸責於己之事由，而
4 被剝奪其所應有上訴權」之目的，作為認定第一審辯護
5 人有為被告代作上訴理由書義務之基礎，然該判決卻在
6 未考量「是否所有被告皆處於知識或經濟上弱勢，而有
7 國家公權力介入保護必要性」之情形下，逕以法官造法
8 之方式全面性限縮當事人契約自由之範圍，則其結論不
9 僅與論理基礎有未盡吻合之處，且亦已侵犯被告及第一
10 審選任辯護人間之契約自由，並侵犯了非強制辯護案件
11 被告之自我辯護權、及被告選擇其他律師為其提起二審
12 上訴理由書之空間。

13 (二)事實上，在最高法院 98 年度台上字第 5354 號判決開創前
14 揭見解後，最高法院自 99 年間起即有多件判決陸續針對
15 「第一審受選任或指定之辯護人有無為被告代作上訴理
16 由書之義務」表示不同意見，而針對前開最高法院 98 年
17 度台上字第 5354 號判決見解適用上之疑義，本文將循 99
18 年、100 年最高法院相關判決意旨之演進，並依各判決不
19 同見解(未予區分、區分案件類型、區分辯護人受任方式)
20 分述如下，以期釐清現行法中第一審辯護人之義務範圍。

21 貳、最高法院 98 年度台上字第 5354 號判決後最高法院其他判決 22 之見解

23 一、最高法院 99 年相關判決之見解

24 (一)第一類見解認為：被告皆有請求第一審辯護人代作上訴理

由書之權利，而毋庸區分案件類型與辯護人受任之方式

1、最高法院 99 年台上字第 1836 號判決認為：「被告有受其選任或指定辯護人協助提起上訴之權利」、「公設辯護人有因被告之請求代作上訴理由書之義務」、「強制辯護案件之被告得自行斟酌是否請求第一審辯護人代作上訴理由書」¹⁰，該判決在內容上雖將「辯護人」、「公設辯護人」及「強制辯護案件」分予論述，但實際上仍以刑事訴訟法之相關規定、及公設辯護人條例第 17 條，作為認定「辯護人經被告請求後即有代作上訴理由書之義務，而毋庸區分案件類型與辯護人受任方式」之依據。

2、實則相較於 98 年度台上字第 5354 號判決，99 年台上字第 1836 號判決雖另強調「被告得自行斟酌是否請求辯護人代作上訴理由書」，然自辯護人義務之角度以觀，無論案件之類型與辯護人受任之方式，為被告代作上訴理由書皆屬辯護人之義務，則其見解與 98 年度台上字第 5354 號判決在結論上並無不同。

(二) 第二類見解認為：應區分案件之類型，限於「強制辯護案

¹⁰ 最高法院 99 年台上字第 1836 號判決意旨：「辯護人於偵查中或第一審審理時，均係在協助被告防禦檢察官之訴追，並就檢察官起訴事實、適用法條及所舉證據之證明力等於法律上為被告有利之辯護。及至第一審為不利被告之判決後，倘被告欲提起上訴，被告除面臨檢察官之追訴外，又包括第一審判決不利之認定。而被告對第一審判決提起上訴既須依據卷內既有訴訟資料或提出新事證，指摘或表明第一審判決採證認事、用法或量刑等影響判決結果之不當或違法，自仍屬辯護人於刑事訴訟法上應協助被告之範疇。且依刑事訴訟法之相關規定，第一審辯護人得為被告之利益提起上訴，以及終局判決後第一審辯護人得檢閱卷宗及證物等權利，應認被告有受其選任或指定辯護人協助提起上訴之權利。其於指定公設辯護人為被告辯護之案件，依公設辯護人條例第十七條「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，並應認該公設辯護人有因被告之請求代作上訴理由書之義務。因之，關於強制辯護案件對於第一審判決是否提起上訴，雖屬被告之權利（死刑、無期徒刑案件另有規定）；對於是否請求第一審辯護人代作上訴理由書，被告亦得自行斟酌。」參照。

1 件之被告」方有請求第一審辯護人代作上訴理由書之權利

2 1、最高法院 99 年度台上字第 4700 號判決認為：「第一審
3 強制辯護案件之被告」有受辯護人協助其具體指摘原判
4 決有何不當或違法之權利，而法院對於強制辯護案件未
5 敘述上訴理由者，於裁定命補正時應將被告與第一審辯
6 護人併列於當事人欄中，以俾能敦促辯護人協助被告提
7 起上訴理由具體理由之義務¹¹。

8 2、最高法院 99 年度台上字第 5079 號、第 5080 號判決認為：
9 由於「強制辯護案件之一審辯護人」有為被告代為製作
10 上訴理由狀之義務，是以法院應提醒被告有請求其辯護
11 人代撰上訴理由狀之權利，甚至命辯護人代被告提出上
12 訴之具體理由¹²，以保障被告受辯護權保護之制度目的。

¹¹ 最高法院 99 年度台上字第 4700 號判決意旨：「第一審強制辯護案件，被告除於案件審理程序終結前，得受辯護人協助指明有利之證據及為忠實有效之辯護外；對於不利之判決聲明不服，而提起第二審上訴程序中，併有受原審辯護人協助具體指摘原判決有何不當或違法之權利。後者，屬受律師協助權能之一部，非僅為辯護義務之延伸。此為憲法保障被告獲得辯護人充分完足協助之防禦權核心內涵。準此，法院基於刑事訴訟法第二條所課予之義務，不待被告之請求，自應考量使被告在該審級獲致辯護人協助之可能，賦予被告訴訟上權利為實質有效行使之機會，方足與強制辯護規定之立法目的相契合。故強制辯護之案件，被告不服第一審之判決而提起上訴，如其上訴書狀全然未敘述理由者，第一審或第二審法院命其為補正時，均應於裁定之當事人欄內併列第一審之辯護人，俾促其注意協助被告提出合法之上訴書狀，以恪盡第一審辯護人之職責，並藉以曉諭被告得向第一審之辯護人請求協助之目的；倘被告未及經第一審辯護人之協助已自行提出上訴理由，但囿於專業法律知識或智能之不足，致未能為契合法定具體理由之完足陳述時，基於被告有受憲法保障其實質獲得辯護人充分完足協助之防禦權之權能，第二審法院於駁回其上訴前，仍應為相同模式之裁定，始符強制辯護立法之旨。」參照。

¹² 最高法院 99 年度台上字第 5079 號、第 5080 號判決意旨：「於強制辯護案件，如無辯護人代為製作上訴理由狀，致上訴未敘述具體理由，固仍屬同法第三百六十一條之情形，惟若其辯護倚賴權未受合理照料，自首開訴訟防禦權受侵害之立場觀之，兩相權衡，上揭上訴第二審之限制條件，同應有某種程度之退縮。換言之，強制辯護案件既因案情重大或被告本身弱勢（智障或窮困），由國家主動給與辯護人為協助，此倚賴權尤甚於一般之選任辯護，更應受保障。是在第二審審判中，既應強制

1 3、綜上所述，最高法院 99 年度台上字第 4700 號、第 5079
2 號、第 5080 號等判決，基於強制辯護規定之立法目的、
3 並避免強制辯護制度不因「上訴書狀應敘述具體理由」
4 規定之要求而落空，進而認為「強制辯護案件之一審辯
5 護人有為被告代為製作上訴理由狀之義務」，實已自案
6 件類型之角度對 98 年度台上字第 5354 號判決之見解加
7 以限縮。

8 (三) 第三類見解認為：應區分辯護人受任之方式，其中「由被
9 告或其他有選任權人選任之第一審辯護人」有無為被告代
10 作上訴理由書之義務，須視雙方委任契約內容之約定

11 最高法院 99 年度台上字第 5087 號、99 年度台上字第 7060
12 號判決認為：

13 1、就第一審辯護人之義務而言，應區分係「由被告或其他
14 有選任權人之選任」，亦或係「經第一審審判長指定」、
15 及「依法律扶助法選任或指定」，而不同受任方式之辯護
16 人其辯護義務範疇並不相同，蓋：

辯護，則提起第二審上訴時所設定之門檻，亦應受辯護人協助，否則強制辯護案件，率因無辯護人代提上訴理由，遭以未敘述具體理由而駁回上訴，等同架空強制辯護制度，有違其防禦權之保障。何況實際上，是類強制辯護案件之被告，不服第一審判決，當係已受相對較重刑度之宣告，更應給予一定程度之保護，不能將之與一般案件同視。從而，在第一審法院將卷證移送第二審法院之前，原第一審法院之辯護人因尚且負有提供法律知識、協助被告之義務（刑事訴訟法第三百四十六條；公設辯護人條例第十七條；律師法第三十二條第二項、第三十六條），第一審法院自應以適當之方法，提醒受相對重刑宣判之被告，倘有不服，得請求其辯護人代撰上訴理由狀（例如在判決書之末，或作成附件資料，以教示方式、載明上旨；或提解到庭聆判，當庭告知、記明筆錄），其若漏未處理，或原辯護人違背職責，第二審法院仍應指定辯護人，命其代為提出上訴之具體理由，俾強制辯護制度所保障之辯護倚賴權，能有效發揮作用。易言之，刑事訴訟法第三十一條第一項所稱之「審判中」，依其立法理由之說明，純係相對於「偵查」程序而已；是就第二審上訴法院而言，即應指案卷之移審，而不侷限於合法之上訴（但上訴逾期或無上訴權人之上訴，仍不包括在內；衡諸是類須強制辯護之案件，在第一審法院審判中，既已有律師或公設辯護人協助訴訟，是在第二審之實務運作上，當不致衝擊過大）。」參照。

1 (1) 惟有由國家編列經費支付報酬而「經第一審審判長指
2 定」、及「依法律扶助法選任或指定」之辯護人，因具
3 有公益性，故不待被告請求即當然有主動為被告代作上
4 訴理由書之義務；

5 (2) 相對地，「由被告或其他有選任權人選任」之辯護人，
6 並不具有與前者相同之公益性質，是以受選任之辯護人
7 有無此一義務，仍應依雙方委任契約約定之內容而定
8 ¹³，蓋當事人既已明確表示其自主意思則國家公權力尚
9 無介入之必要，此時實應回歸當事人間契約自主及審級
10 辯護制度之本旨；

11 2、而就法院之立場而言，第二審法院基於司法分工及公平
12 法院中立角色之維持，惟有對於「未受辯護人協助之弱
13 勢被告」，方得基於訴訟照料之義務而就被告所提出之上
14 訴書狀行使必要之闡明權¹⁴；至於強制辯護案件中，倘若

¹³ 最高法院 99 年度台上字第 5087 號、99 年度台上字第 7060 號判決意旨：「第二審上訴書狀應敘述具體理由，刑事訴訟法第三百六十一條第二項定有明文，而上訴理由之敘述如何得謂該當具體之要件，則攸關是否契合法定之第二審上訴門檻，從而被告於上訴期間內提起第二審之上訴，參酌被告有受其辯護人協助訴訟之權利，及公民與政治權利國際公約（下稱公約）第十四條第五項揭櫫有罪之刑事被告至少應受一次實質有效的上訴救濟機會等旨，其出於被告或其他有選任權人之行為所選任之第一審辯護人，應本於委任契約之訂定，而由國家機關編列經費支給報酬，經第一審審判長指定律師為辯護人，及依「法律扶助法」而選任或指定之第一審辯護人，因具有公益性，則依其委任事務之性質「至上訴發生移審效力」時止，均不待被告之請求，即應依受任意旨，基於辯護人實質有效協助被告之職責，主動積極盡其代作上訴理由書狀之義務，期使被告得受合法之第二審上訴之協助，以滿足公約所要求之目的。」參照。

¹⁴ 最高法院 99 年度台上字第 5087 號、99 年度台上字第 7060 號判決意旨：「惟鑒於司法分工及公平法院中立角色之維持，第一審辯護人是否盡善良管理人之注意義務而克盡其襄助被告使受合法第二審上訴之責，並非基於仲裁者之第二審法院所應介入或得以置喙，此與未有辯護人協助之弱勢被告，第二審法院本於善盡訴訟照料義務，在無損於公正性之情形下，針對被告提出之上訴書狀仍得行使必要之闡明權，使為完足之陳述，究明其上訴書狀之真義為何，以保障該無辯護人奧援之被告訴訟權之情形，尚屬有別，不能混淆。」參照。

1 被告於第一審「已自行委任辯護人」，第二審法院有無對
2 被告行使闡明權之必要，99 年度台上字第 7060 號判決雖
3 採否定之立場，但最高法院就此議題目前仍未有一致之
4 見解¹⁵。

5 **(四) 小結：第一審受選任或指定之辯護人有無為被告代作上訴**
6 **理由書義務，應視案件類型與辯護人受任方式之不同而定**

7 對於「第一審受選任或指定之辯護人有無為被告代作上訴
8 理由書義務」之爭議，99 年間最高法院相關判決之中，除
9 99 年台上字第 1836 號判決採行與 98 年度台上字第 5354
10 號判決「未區分案件類型與辯護人受任方式」之相同見解
11 外，其餘最高法院判決無論從「案件係否為強制辯護案
12 件」、或「第一審辯護人受任方式」等角度分析皆認為應
13 區分不同類型，而不應逕認所有第一審受選任或指定之辯
14 護人皆有為被告代作上訴理由書之義務，相關判決意旨實
15 已限縮 98 年度台上字第 5354 號判決對於第一審辯護人義
16 務之見解。而其後最高法院 100 年間之相關判決亦延續此
17 「應區分案件類型與辯護人受任方式」之見解，而逐漸形
18 成對於「第一審辯護人有無為被告代寫上訴理由書義務」
19 較為一致之見解，茲續分述相關判決意旨如下。

¹⁵ 除前引最高法院 99 年度台上字第 5079 號、第 5080 號判決採肯定見解外，另請參照：
(1) 99 年度台上字第 5783 號針對個案(販賣第一級毒品罪)表示：「上訴人在第一審選
任張國楨律師為辯護人，惟其第二審上訴書狀並未由第一審辯護人代作，第二審法
院於審查其上訴理由是否符合具體之要件時，未顧及上訴人有受辯護人協助之權
利，或行使必要之闡明權，使為完足之陳述，究明其上訴書狀之真義，遽以上訴不
合法，從程序上予以駁回，難謂適法。」；及否定見解
(2) 最高法院 99 年度台上字第 7060 號判決針對個案(販賣第一級毒品罪)表示：「本
件上訴人在第一審既自行選任林萬生律師為其選任辯護人，則林萬生律師是否應於
上訴人提出第二審上訴時，代作上訴理由書狀，應視委任契約內容而定。原審基於
司法分工及公平法院中立角色之維持，未針對上訴人提出之上訴書狀為必要之闡
明，難認有何違法。」。

二、最高法院 100 年相關判決之見解

(一) 第一類見解：應區分辯護人受任之方式，惟有「經第一審法院指定之辯護人」方當然有為被告代作上訴理由書狀之義務

1、對於第一審辯護人有無此一義務，最高法院 100 年度台上字第 7086 號判決從辯護人受任方式之不同加以區別，進而認為倘若被告在第一審經法院指定辯護人為其辯護，則被告有請求第一審指定辯護人代作上訴理由書之權利，而第一審指定辯護人亦有代作之義務¹⁶。此一見解實與最高法院 99 年度台上字第 5087 號、及 99 年度台上字第 7060 號判決相同，該等判決意旨皆認為：第一審受選任或指定之辯護人有無為被告代作上訴理由書之義務「應視辯護人受任之方式」而定，也惟有經指定之辯護人因具有公益性而當然有為被告代作上訴理由書之義務¹⁷。

2、而就法院之立場而言，當被告自行撰寫上訴書狀時，為避免被告受訴訟救濟與辯護權遭到剝奪，法院必須先探究當事人之真意係否為請求指定辯護人代作上訴理由書

¹⁶ 最高法院 100 年度台上字第 7086 號判決意旨：「刑事被告有受其每一審級所選任或經指定之辯護人協助上訴之權利，此觀刑事訴訟法第三百四十六條之規定，賦予原審辯護人得為被告利益上訴之權，以及終局判決後原審辯護人仍得檢閱卷宗及證物等權利至明。倘若被告在第一審經法院指定辯護人為其辯護，則被告於上訴期間內提起之第二審上訴，如未據其原審辯護人代作上訴理由書狀者，本乎被告在第一審之辯護人倚賴權係至上訴發生移審效力為止之當然延伸，及刑事訴訟法第三百四十六條與公設辯護人條例第十七條等規定之相同法理，被告自得請求第一審指定辯護人代作上訴理由書，第一審指定辯護人亦有代作之義務，此屬被告受辯護人協助權能之一部，非僅為辯護義務之延伸。」參照。

¹⁷ 最高法院 100 年度台上字第 7086 號判決雖僅針對「第一審經法院指定之辯護人有無代作上訴理由書義務」表示意見，而未若 99 年度台上字第 5087 號、第 7060 號判決就「各不同受任方式之辯護人有無代作上訴理由書義務」分予闡述，然二者間基於辯護人受任方式之不同，而對第一審辯護人義務範疇加以限縮之意旨並無不同。

1 之意思，是以第一審法院在未予究明前尚不得遽以被告
2 上訴不合法而駁回其第二審上訴¹⁸，則最高法院 100 年度
3 台上字第 7086 號判決此一見解實與前述 99 年度台上字
4 第 5783 號判決意旨相同。

5 (二) 第二類見解：應區分案件之類型，限於「強制辯護案件之
6 被告」方有請求第一審辯護人代作上訴理由書之權利

7 1、最高法院於 100 年間從「案件類型」角度闡述「強制辯
8 護案件之辯護人有為被告代作上訴理由狀義務」之相關
9 判決中，除承襲 99 年度台上字第 4700 號判決意旨之 100
10 年度台上字第 5673 號判決外¹⁹，最高法院 100 年度台上

¹⁸ 最高法院 100 年度台上字第 7086 號判決意旨：「上訴人被訴涉犯販賣第三級毒品(十三罪)罪嫌，屬刑事訴訟法第三十一條第一項所定之強制辯護案件，第一審雖指定辯護人為上訴人辯護，但上訴人收受第一審判決正本後，以該院提供之例稿書狀(訴訟輔導例稿 96-1)提起第二審上訴，僅記載「1.判決判太重，希望從輕量刑 2.希望法官指派辯護人為我辯護」，是否寓有委以該指定辯護人為其提出具體上訴理由之意，而其僅係先行具狀聲明上訴，並未以該書狀為其上訴理由？即不無研酌餘地。倘上訴人前揭書狀所載，係請求指定辯護人為其代作上訴理由書，則第一審未探求其前揭書狀所載真義為何，原審亦未究明，逕認前揭書狀已敘述上訴理由，未定期間先命補正，於上訴人指定辯護人為其代撰上訴理由前，遽以其上訴不合法法律上程式，且不經言詞辯論，逕行駁回其第二審上訴，即無異剝奪其強制辯護案件有受實質訴訟救濟保障之辯護倚賴權，自非適法。上訴意旨指摘原判決不當，非無理由，應認原判決有發回更審之原因。」參照。

¹⁹ 最高法院 100 年度台上字第 5673 號判決意旨：「第一審強制辯護案件，被告除於案件審理程序終結前，得受辯護人協助指明有利之證據及為忠實有效之辯護外；對於不利之判決聲明不服，而提起第二審上訴程序中，併有受原審辯護人協助具體指摘原判決有何不當或違法之權利。後者，屬受律師協助權能之一部，非僅為辯護義務之延伸。此為憲法保障被告獲得辯護人充分完足協助之防禦權核心內涵。準此，法院基於刑事訴訟法第二條所課予之義務，不待被告之請求，自應考量使被告在該審級獲致辯護人協助之可能，賦予被告訴訟上權利為實質有效行使之機會，方足與強制辯護規定之立法目的相契合。故強制辯護之案件，被告不服第一審之判決而提起上訴，如其上訴書狀全然未敘述理由者，第一審或第二審法院命其為補正時，均應於裁定之當事人欄內併列第一審之辯護人，俾促其注意協助被告提出合法之上訴書狀，以恪盡第一審辯護人之職責，並藉以曉諭被告得向第一審之辯護人請求協助之目的；倘被告未及經第一審辯護人之協助已自行提出上訴理由，但囿於專業法律知識或智能之不足，致未能為契合法定具體理由之完足陳述時，基於被告有受憲法保障其實質獲得辯護人充分完足協助之防禦權之權能，第二審法院於駁回其上訴前，

1 字第 5242 號判決對於應從「案件類型」之不同加以區分，
2 亦表相同之見解²⁰。

3 2、而最高法院 100 年度台上字第 5242 號判決並進一步認
4 為：第一審強制辯護案件之被告有受「其選任或指定辯
5 護人」協助提起上訴之權利，換言之，第一審強制辯護
6 案件之辯護人無論係「由被告或其他有選任權人選任」、
7 亦或「經法院依法所指定」，皆有為被告代作上訴理由書
8 之義務。

9 3、然前開見解似與最高法院 99 年度台上字第 5087 號、99
10 年度台上字第 7060 號判決所認為「被告或其他有選任權
11 人選任之辯護人有無為被告代作上訴理由書義務，須視
12 雙方委任契約內容」之意旨不同，是以就「強制辯護案
13 件中，由被告或其他有選任權人選任之辯護人，有無為
14 被告代作上訴理由書之義務」此一問題，在正反意見分
15 立的情形下，似有賴最高法院為更進一步明確之說明。

仍應為相同模式之裁定，始符強制辯護立法之旨。」參照。

²⁰ 最高法院 100 年度台上字第 5242 號判決意旨：「第一審強制辯護案件，被告得自行選任或經指定辯護人，於審理程序終結前，獲得辯護人忠實而有效之辯護；對不利之判決提起第二審上訴，併有受辯護人協助以指摘第一審判決有何不當或違法之權利，此為憲法保障被告獲得辯護人充分完足協助之防禦權核心內涵。……。而被告對第一審判決提起上訴，既須依據卷內既有訴訟資料或提出新事證，指摘或表明第一審判決於採證、認事、用法或量刑等影響判決結果之不當或違法，自仍屬辯護人於刑事訴訟法上應協助被告之必要範疇。且依刑事訴訟法之相關規定，第一審辯護人得為被告之利益提起上訴，以及終局判決後第一審辯護人得檢閱卷宗及證物等權利，應認被告有受其選任或指定辯護人協助提起上訴之權利。因之，關於強制辯護案件，基於被告應受辯護人之協助，以確保其法律上之利益之立法本旨，對於第一審判決是否提起上訴，雖屬被告之權利（宣告死刑、無期徒刑之案件，另有規定），惟被告倘已於法定期間提起上訴，因智能、知識程度有所不足，自行提出上訴書狀所具上訴理由，不能適切指摘第一審判決於採證、認事、用法或量刑有何不當、違法之處，於取得辯護人協助之前，第二審法院應不得逕依刑事訴訟法第三百六十七條前段、第三百七十二條之規定，以上訴書狀未敘述具體理由，而不經言詞辯論駁回上訴。」參照。

1 參、代結論：「第一審辯護人有無代被告提起上訴理由書義務」

2 之釐清

3 一、最高法院見解已區分「案件類型」與「辯護人受任方式」
4 之不同，判斷「第一審辯護人有無代被告提起上訴理由書」
5 之義務

6 (一) 為保障被告受辯護人辯護之權利、並確保其不因經濟或知
7 識上之弱勢而實質喪失上訴權，最高法院 98 年度台上字
8 第 5354 號判決開創了「被告得請求第一審辯護人代作上
9 訴理由書，而第一審辯護人亦有代作義務」之創新見解，
10 然為兼顧當事人契約自主、及被告上訴權與受辯護人協助
11 之保障，是以 99 年、100 年間最高法院相關判決開始從「案
12 件係否為強制辯護案件」、及「第一審辯護人受任方式」
13 等角度，限縮 98 年度台上字第 5354 號創設之「第一審辯
14 護人為被告代作上訴理由書義務」範疇。

15 (二) 對此，最高法院就此問題，其較為一致之見解為：

- 16 1、非強制辯護案件之第一審辯護人有無為被告代寫上訴理
17 由書狀之義務，應視雙方委任契約約定之內容而定²¹；
- 18 2、經法院指定之第一審辯護人，或其他由國家編列經費支
19 付報酬而選任或指定者，不分案件類型，有為被告代寫
20 上訴理由書狀之義務²²。

21 二、「強制辯護案件中由被告或其他有選任權人選任之第一審
22 辯護人有無代作上訴理由書義務」之探討

²¹ 前引最高法院 99 年度台上字第 5087 號、第 7060 號判決意旨參照。

²² 前引最高法院 99 年度台上字第 5079 號、第 5080 號判決、第 5087 號、第 7060 號判
決，100 年度台上字第 7086 號判決意旨參照。

1 (一) 最高法院固然已形成前揭之見解，惟當「案件類型」與「辯
2 護人受選任方式」兩種分類方式產生交集時，仍有適用上
3 之疑義。蓋強制辯護案件中，當事人亦可自行選任辯護
4 人，是以在這種情形下「辯護人有無為被告代作上訴理由
5 書之義務」遂生疑義，而此亦即最高法院 100 年度台上字
6 第 5242 號判決與 99 年度台上字第 5087 號、99 年度台上
7 字第 7060 號判決見解不同之所在。

8 (二) 事實上，在探究「強制辯護案件中，由被告或其他有選任
9 權人選任之辯護人有無為被告代作上訴理由書義務」時，
10 實應回歸「辯護人為被告代作上訴理由書義務」之法理依
11 據，蓋最高法院之所以認為「被告得請求第一審辯護人代
12 作上訴理由書、而第一審辯護人亦有代作義務」之論理基
13 礎，無非係以「刑事訴訟法第 346 條」、「公設辯護人條例
14 第 17 條」、及「避免被告囿於專業法律知識之不足或因智
15 能不足而被剝奪其上訴權利之目的」為依據，是以無論在
16 辯護人義務之理論創新、及刑事訴訟法第 361 條第 2 項之
17 解釋與適用上，尚且不能偏離前開論理之基礎。

18 (三) 是以在論理上，實應認為應視雙方委任契約約定之內容而
19 定，蓋此時尚非有待國家權力介入始足以保障被告訴訟
20 權，是以應回歸當事人契約自主及審級辯護之本旨。惟在
21 現行實務見解尚未一致之情形下²³，此一問題仍有待最高
22 法院為更進一步且明確之闡明，以期確立現行法中第一審
23 辯護人之義務範圍。

²³ 前引最高法院 99 年度台上字第 5087 號、第 7060 號判決，100 年度台上字第 5242 號判決意旨參照。