



# 辯護人得為被告之利益而上訴 或抗告之思與辯

——憲法法庭111年憲判字第3號及最高法院相關判決評釋

■陳文貴 中國文化大學兼任副教授

## 本案事實

本件釋憲聲請人張○旭，於偵查中經檢察官向臺灣臺北地方法院聲請裁定延長羈押獲准，其辯護人依刑事訴訟法第419條準用同法第346條規定，為聲請人之利益而抗告，嗣經臺灣高等法院109年度偵抗字第1036號刑事裁定（下稱「確定終局裁定」）以抗告無理由而駁回。聲請人認確定終局裁定所適用之同法第403條規定：「（第1項）當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。（第2項）證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」（下稱「系爭規定一」）及第419條規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第3編第1章關於上訴之規定。」（下稱「系爭規定二」）有違憲疑義，聲請解釋憲法。

## 爭點

爭點一：依據上述事實，本件涉及

的爭議是，系爭規定一及系爭規定二，是否未賦予偵查中辯護人對於法院延長羈押之裁定，得為被告之利益而抗告，致受羈押之聲請人未能於短暫之5日抗告期間內，獲得辯護人及時協助而無法有效行使防禦權，而與憲法第8條及第16條保障人民人身自由及訴訟權之意旨是否有違？

爭點二：辯護人為被告之利益提起上訴或抗告，究竟是辯護人之代理權或固有權？若屬代理權，則法理上代理人為委任人為訴訟行為，是否可以毋庸事先經委任人之明示或默示應允或同意？

爭點三：倘若辯護人為被告之利益提起上訴，並未事先徵得被告之同意，嗣第二審法院以第一審判決有刑事訴訟法第370條第1項但書所定：「但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」之上訴不利益變更禁止例外情形，而判決諭知較重於原審判決之刑，則此種不利益之效果全歸被告負擔，是否合理？

上述爭點一，係本案憲法法庭111

DOI: 10.53106/207798362023070133006

關鍵詞：固有權、代理權、類推適用、積極的舉證證明、反面的舉證證明

年憲判字第3號判決（下稱「本案憲法法庭判決」）之爭點問題；爭點二部分係本案憲法法庭判決理由所述，以及最高法院111年度台上字第3887號判決受此影響所表示見解，進一步衍生之問題。至於爭點三，則係基於如果肯定本案憲法法庭判決及最高法院111年度台上字第3887號判決之見解，則若因此導致被告受有程序上之不利益（被拘提或通緝），或實體上更不利益之判決時，是否妥適？

### 憲法法庭判決摘要

關於爭點一部分，係本案憲法法庭裁定之主要事實。本案憲法法庭判決理由，即「本庭判斷結果」主要係認為：人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，為重要之基本人權，應受充分之保障。羈押係於裁判確定前拘束刑事被告身體自由，並將其收押於一定處所之強制處分。此一保全程序乃在確保偵審程序順利進行，以實現國家刑罰權。惟羈押強制處分限制刑事被告之人身自由，將使其與家庭、社會及職業生活隔離，非特予其生理、心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響亦甚重大，係干預人身自由最大之強制處分，故應以無羈押以外其他替代方法，慎重從事為前提（司法院釋字第392、653號及第737號解釋參照）。受羈押被告因與外界隔離，蒐集相關有利法令資訊以撰寫抗告書狀尋求救濟尤為不易，致其行使防禦權諸多困難，自我辯護功能幾近喪失；更因羈押裁定之法定抗告期間僅有5日，稍縱即逝。受羈押被告於此極為不利之情境下，唯有倚賴具法律專業知識之律師擔

任辯護人為其提供及時有效之協助，例如獲知卷證資訊、提起救濟等，始能有效行使其防禦權，並確保法院裁定羈押之慎重性與最後手段性。（下略）

系爭規定二所稱之特別規定，例如得抗告事項，依現行刑事訴訟法第404條第1項特別規定以所列舉者為限；抗告期間，依其第406條特別規定，僅有5日；抗告法院依其第410條第3項規定，須於收到卷宗及證物後10日內裁定等而言。至就抗告權人而言，系爭規定一僅就受裁定者，區分為當事人與證人、鑑定人、通譯及其他非當事人而為規定，並未就被告之辯護人設有排除性之特別規定，為使辯護人協助被告有效行使防禦權，被告之辯護人自得依系爭規定二，準用同法第3編第1章第346條之規定，為被告之利益而抗告，始符憲法保障人民訴訟權之意旨。

綜上，系爭規定一僅就當事人與證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，得對於法院所為得抗告之裁定提起抗告而為規定，並未就被告之辯護人設有排除性之特別規定，系爭規定一及二整體觀察，關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第3編第1章關於上訴權人之規定。為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始與憲法第8條保障人身自由及第16條保障訴訟權之意旨無違。

### 本文評釋

#### 壹、爭點一部分

關於爭點一部分，案例事實原本僅

涉及系爭規定一及二，刑事訴訟法未明確規定，賦予偵查中辯護人對於法院延長羈押之裁定，得為被告之利益而抗告，致受羈押之聲請人未能於短暫之5日抗告期間內，獲得辯護人及時協助而無法有效行使防禦權，是否與憲法第8條及第16條保障人民人身自由及訴訟權之意旨有違而已。按刑事訴訟法第346條規定：「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。」但原審之代理人或辯護人，是否得為被告之利益而「抗告」，刑事訴訟法第4編並無明文規定，則辯護人對於被告受法院羈押或延長羈押之裁定，究竟有無為被告利益而提起抗告之權利，因現行刑事訴訟法並無明文規定，則此究係法律有漏洞的規範不足，抑或者是刑事訴訟法有意排除之特別規定？有二種不同之看法：

特別規定說：此說亦可稱為「有意排除說」，關於此一問題，本案憲法法庭判決前學界通說係認為，系爭規定一是就抗告權人所為列舉性、排除性的特別規定，第1項是就當事人而為規定，第2項是就證人、鑑定人、通譯或其他非當事人受裁定者而為規定。此外別無抗告權人之規定，是以系爭規定一未列舉者，自不得再依系爭規定二，準用同法第3編第1章關於上訴權人的規定<sup>1</sup>。實務上最高法院20年抗字第38號刑事判例即採此說，認為：「不服法院之裁定，

得提起抗告，以當事人及受裁定之非當事人為限，在刑事訴訟法第414條著有明文，雖同法第432條載有抗告準用上訴之規定，而第359條復載有被告之配偶為被告利益起見，得獨立上訴，但關於有抗告權人在抗告編中既經分別訂明，即不能更準用該項法條，准許被告配偶亦得獨立抗告，此按諸第432條所載抗告以無特別規定為限，始得準用上訴規定之本旨，自屬無可置疑。」同院94年度台抗字第171號刑事裁定、99年度台抗字第799號、第254號刑事裁定、102年度台抗字第70號刑事裁定、105年度台抗字第258號、第782號刑事裁定、106年度台抗字第2號刑事裁定、109年度台抗字第207號、第1096號刑事裁定、107年度台抗字第254號刑事裁定等，亦均同此一見解。

法律漏洞說：此說又可稱為「無意排除說」，乃本案憲法法庭判決見解所採，系爭規定一只是就受裁定者是當事人或非當事人而為規定，並非列舉性、排除性的特別規定，系爭規定一所未規範的其他非受裁定者且非當事人的抗告權，仍可依系爭規定二，準用同法第3編第1章關於上訴權人的規定。換言之，被告的法定代理人、配偶或被告的辯護人或代理人，仍有抗告權。

如果依據特別規定說（有意排除說）之見解，因為刑事訴訟法第403條第1項係就當事人而為之特別抗告規定，第2項是就證人、鑑定人、通譯或

<sup>1</sup> 陳樸生，刑事訴訟法實務，重訂版，1990年4月，544-545頁；蔡墩銘，刑事訴訟法，五版，2002年10月，593頁；林山田，刑事程序法，五版，2004年9月，733-734頁；林永謀，刑事訴訟法釋論，改訂版，2010年11月，185-187頁；朱石炎，刑事訴訟法論，修訂七版，2017年8月，550-551頁；林俊益，刑事訴訟法概論（下），十七版，2021年9月，416頁。

其他非當事人受裁定者，而為之特別抗告規定，那麼這就不是法律漏洞的問題，而是以上開抗告之特別規定，排除原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而「抗告」，是否限制原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而「抗告」，此種限制被告獲得辯護人及時協助而無法有效行使防禦權，是否與憲法第8條及第16條保障人民人身自由及訴訟權之意旨有違之問題。但是如果依據本案憲法法庭判決所採法律漏洞說（無意排除說）之見解，則就系爭規定一及二欠缺被告受辯護人協助之觀念，致未規範辯護人得為被告之利益而抗告，即屬是否法律規範不足之問題<sup>2</sup>。又因為刑事訴訟法第346條規定：「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。」然而就事物本質相同之原審之代理人或辯護人，是否得為被告之利益而「抗告」，即屬漏未規定，那麼在法理上就應該可以導出此乃係法律漏洞，因而可以透過「類推適用」之方式予以補充，而不是「準用」。

本件憲法法庭判決，既係採法律漏洞說（無意排除說）之見解，那麼依上所述，在法學方法上也應該以類推適用之方法，予以補充此種漏洞。又因為以往實務及大多數學說均認為，刑事訴訟法第403條第1項、第2項係上訴編之特別規定，乃有意排除，又因實務以往見解未以類推適用之方法填補此一法律漏洞，而認為原審之代理人或辯護人，不

得準用上訴編第346條之規定，為被告之利益而提起「抗告」，應值得肯定，但應該本於刑事訴訟法第346條規定之意旨，類推適用始屬正解。

憲法法庭判決之見解，具有實質修改法律之效力，本案憲法法庭見解宣示刑事訴訟法第403條規定：「當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。證人、鑑定人、通譯及其他非當事人受裁定者，亦得抗告。」及同法第419條規定：「抗告，除本章有特別規定外，準用第3編第1章關於上訴之規定。」整體觀察，關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第3編第1章關於上訴權人之規定，等於係以法官造法之方式，修訂了刑事訴訟法第403條關於抗告權人之範圍規定，應準用同法第3編第1章關於上訴權人之規定。此一見解，就被告對於法院之裁判，依法得提起上訴或抗告以聲明不服，係被告重要之防禦權。從而，辯護人得為被告之利益而上訴或抗告，係被告受辯護人協助有效行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障之本旨，固值得予以肯定。但本案憲法法庭判決主文，卻將全部抗告權人之範圍，宣示仍應準用同法第3編第1章關於上訴權人之規定，等於將抗告權人之範圍，視同與上訴權人之範圍一致，無異已架空刑事訴訟法第403條之規定，導致刑事訴訟法第403條之規定可能已經無獨立存在之立法價值，而有加以修正之必要。

<sup>2</sup> 林俊益大法官提出、詹森林大法官加入，憲法法庭111年憲判字第3號判決協同意見書，11頁參照。

## 貳、爭點二部分

關於爭點二部分，係本案憲法法庭判決「主文」、「參、形成主文之法律上意見」及「二、本庭判斷結果」，使用「除與被告明示意思相反外」之用語，迥異於刑事訴訟法第346條規定所使用「但不得與被告明示之意思相反」之用語，所衍生之實務見解前後發生衝突之問題。關於此部分之問題，可以用積極的舉證證明與反面的舉證證明來加以分析：

### 一、積極的舉證證明

關於刑事訴訟法第346條規定：「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。」所謂：「但不得與被告明示之意思相反」之意，以往實務見解曾認為：「本件被告劉○賢經原判決論處放火燒燬現有人所在之建築物未遂罪刑（處有期徒刑二年六月），上訴人即被告之原審辯護人周○傑律師具狀聲明為被告之利益，依刑事訴訟法第346條規定，提起第三審上訴，具狀人欄雖併列被告姓名，然並無被告之簽名或蓋章，有卷附刑事聲明上訴狀可稽。經命補正，復據周○傑律師狀稱：伊為被告之利益獨立提出上訴，聲明上訴狀末具狀人記載『劉○賢』為誤載等語，亦有刑事陳報狀在卷為憑。揆諸首揭說明，本件上訴顯屬違背法律上之程式，應予駁回。<sup>3</sup>」又「按刑事被告之原審辯護人，

得為被告之利益而上訴，但不得與被告明示之意思相反，刑事訴訟法第346條定有明文。此類上訴，並非原審辯護人之獨立上訴，而屬代理性質，自應以被告之名義行之，如以辯護人自己之名義提起，其程式即有瑕疵，依司法院釋字第306號解釋，原審或上級審法院應定期間命其補正。本件被告盧○勝經原判決論處連續強盜罪刑（處有期徒刑五年六月及從刑），上訴人即被告之原審辯護人林○哲律師具狀聲明為被告之利益，依刑事訴訟法第346條規定，提起第三審上訴，具狀人欄祇見律師簽章，然無被告之簽名或蓋章，有卷附刑事上訴狀可稽。經命補正，復據林○哲律師狀稱：被告未明示反對上訴，伊自得獨立提起上訴，無補正之必要，有原審命為補正之公文函、林律師刑事陳述意見狀在卷為憑。揆諸首揭說明，本件上訴，顯屬違背法律上之程式，應予駁回。<sup>4</sup>」

依照上開二則最高法院判決之意旨，刑事訴訟法第346條規定：「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。」所謂：「但不得與被告明示之意思相反」之意思，即除原審之代理人或辯護應以被告之名義提起上訴外，為了證明原審之代理人或辯護人為被告之利益提起上訴，並未與被告明示之意思相反，因此上訴狀必須有被告之簽名或蓋章，才能證明代理人或辯護人為被告之利益提起上訴，並未違反被告明示之意

<sup>3</sup> 最高法院99年度台上字第5234號刑事判決。

<sup>4</sup> 最高法院100年度台上字第5795號刑事判決。

思。因此，上訴狀被告之簽名或蓋章，係證明並未與被告明示意思相反之積極證明。是原審之代理人或辯護人為被告之利益而提起上訴，惟如其上訴狀未經被告簽名、蓋章或按指印者，基於此項上訴係代理權之本質，即無從證明未與被告明示之意思相反，自應認為上訴違背法律上之程式，如經命補正而仍逾期未補正，自得不經言詞辯論逕以判決駁回。據此可以推認，原審之代理人或辯護人為被告之利益而提起上訴，仍應由被告在上訴狀簽名或蓋章，用以證明原審代理人或辯護人為被告之利益而提起上訴，並未違反被告之意思，此屬「積極舉證證明」之概念。

## 二、反面的舉證證明

惟本案憲法法庭判決關於爭點二部分，即本案憲法法庭判決「主文」、「參、形成主文之法律上意見」及「二、本庭判斷結果」，並未使用刑事訴訟法第346條規定「但不得與被告明示之意思相反」，此種積極舉證證明之用語；相反的是使用「除與被告明示意思相反外」之用語，顯然係採「反面的舉證證明」，實質上已經導致訴外裁判，同時造成修正了刑事訴訟法第346條之規定為：「原審之代理人或辯護人，除與被告明示意思相反外，得為被告之利益而上訴。」基於此本案憲法法庭判決訴外裁判修正了刑事訴訟法第346條之規定，因而原本依照往昔上述實務見解，原審之代理人或辯護人為被告之利益而上訴，上訴狀必須有被告之簽名或蓋章，用以積極舉證證明並未與被告明示之意思相反；但此一消極反證

證明之修正結果，變成只要原審之代理人或辯護人為被告之利益而上訴，如果沒有消極的反證可以證明是違反被告之意思而提起上訴，就應該認為並未與被告明示之意思相反。

受此案憲法法庭判決將是否與被告明示之意思相反，從原審之代理人或辯護人應負「積極舉證證明」責任，修正為法院若未負消極的反證，證明原審之代理人或辯護人為被告之利益提起上訴，係違反被告之意思者，即均應認定原審之代理人或辯護人為被告之利益而上訴，均未違反被告明示之意思。因此，最近最高法院111年度台上字第3887號判決意旨就認為：「此項上訴，雖係第一審辯護人代理上訴人行之，毋需上訴人之授權而得獨立代理行使，但仍為上訴人所提起之上訴，自應以上訴人名義為之。而此由第一審辯護人代為提起之上訴，既係代理所為，則『具狀人欄』由第一審辯護人具名並蓋用印章，已足表彰第一審辯護人係文書制作者，符合保障被告受辯護人協助有效行使防禦權的憲法內涵及司法院釋字第306號解釋所指因有原審辯護人之代為上訴，可節省勞費、減少貽誤之意旨，上訴人並無於該上訴狀上再行簽名、蓋章或按指印之必要。」

依上所述，關於原審代理人或辯護人為被告之利益而提起上訴，實務見解受本案憲法法庭判決「主文」、「參、形成主文之法律上意見」及「二、本庭判斷結果」，使用「除與被告明示意思相反外」用語之影響，將原審之代理人或辯護人為被告利益而上訴，所應負之積極舉證證明（即以被告之簽名或蓋章

用以證明)，修正為，凡是沒有消極的反證可以證明，原審之代理人或辯護人為被告之利益而上訴，係違反被告之意思者外，均應認為並未違反被告之意思，因此係合法之上訴。此種見解是否妥適，將涉及到下述爭點三的問題。

### 參、爭點三部分

為更有助於瞭解爭點二與爭點三所涉問題的關聯性，試舉一例加以說明「下稱案例二」。檢察官起訴甲涉犯刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪，第一審法院審理結果，認為甲係涉犯刑法第278條第1項之使人受重傷罪，因而判處被告甲5年有期徒刑。第一審判決後，甲即不知去向，辯護人亦不知甲之行蹤，但仍為甲之利益而提起上訴，認為甲僅係犯刑法第277條第1項之傷害罪，但因辯護人不知甲之行蹤，而無法令甲在上訴狀內簽名或蓋章。第二審法院審理中，甲經合法傳喚並未到庭，法院審理結果認為甲係犯檢察官起訴之刑法第271條第2項、第1項之殺人未遂罪，乃依刑事訴訟法第370條第1項但書之規定，以「但因原審判決適用法條不當而撤銷之」，並依同法第371條之規定，以被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決甲犯殺人未遂罪，處有期徒刑7年。甲收到第二審判決後提起第三審上訴，主張第一審之辯護人為其之利益而提起上訴，上訴狀並無其簽名或蓋章，其並無上訴之意思，依據最高法院99年度台上字第5234號、100年度台上字第5795號刑事判決之意旨，本案第二審法院應以上訴不合法駁回，竟仍為其更不利之

實體判決，乃判決違背法令，是否有理由？（類此被告行蹤不明之情況，即係最高法院111年度台上字第3887號判決之案例）

由於本案憲法法庭判決「主文」、「參、形成主文之法律上意見」及「二、本庭判斷結果」，使用「除與被告明示意思相反外」用語，最高法院111年度台上字第3887號判決顯然受此影響，而將同院先前99年度台上字第5234號、100年度台上字第5795號刑事判決所採，原審之代理人或辯護人應以「被告之簽名或蓋章」用以證明刑事訴訟法第346條但書所定，未與被告明示意思相反之見解，未經法院組織法第52條之1之提案或徵詢程序，逕行變更為「被告並無於該上訴狀上再行簽名、蓋章或按指印之必要」，均應認為係合法之上訴。如此，則在上述「案例二」之情形下，被告對於本件原審判決後，其代理人或辯護人有為其利益而上訴一節，完全毫無知悉；又因依刑事訴訟法第30條第1項、第2項之規定，起訴後選任辯護人之委任狀，應於每審級提出於法院，原審之代理人或辯護人顯然也無法取得上訴第二審程序中之被告委任狀並提出於法院；如案件又屬刑事訴訟法第31條第1項各款所定之強制辯護案件，亦僅能由第二審程序之審判長，另行指定公設辯護人或律師，為完全並不知情且未能到庭之被告辯護。如此，第二審程序在被告完全不知情且未到庭之情況下，只要合法傳喚，仍得依刑事訴訟法第371條之規定，僅由檢察官、辯護人、法院三方審理為被告利益上訴之第二審案件，被告亦可能無端獲得較重

於原審判決之刑期，如此何能可認為係保障被告享有充分之防禦權？又何能可認為係被告受辯護人協助有效行使防禦權，而應受憲法保障之重要內涵？

除了上述「案例二」之外，甚至更可能因為檢察官係起訴被告涉犯刑法第277條第1項之傷害罪，第一審法院同此認定，因而判處被告有期徒刑10月。但原審之代理人或辯護人為被告之利益而上訴後，第二審法院認為應構成同法第278條第1項之使人受重傷罪，但因原審判決適用法條不當，而欲改論重傷害罪刑，惟因被告不知行蹤，第二審法院自無從諭知告知變更起訴法條，顯然也只能透過拘提、通緝之方法，待被告被拘提或通緝到案後，再依法踐行告知變更起訴法條之程序。此時，被告始知原審之代理人或辯護人有為其利益而上訴，但可能因刑事訴訟法第371條第1項但書之規定，因此受較重於原審判決之刑，最後也可能表示反對原審之代理人或辯護人為其提起上訴，以免遭到上訴審法院諭知判決更重於原審判決之刑。如此耗費拘提、通緝與審理程序，訴訟程序在渾沌不明之情況下，也只能一再拖

延，反而更可能致使被告受程序上之不利益，又何能謂係合於刑事訴訟法第346條所定原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴之本旨？

#### 肆、辯護人為被告利益上訴之性質

刑事訴訟法第346條規定：「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。」在此範圍內，被告之上訴權，非僅未受限制，且因有原審辯護人之代為上訴，而可節省勞費、減少貽誤<sup>5</sup>。是此項原審辯護人為被告之利益而上訴之性質，乃係本於代理權之作用，並非原審辯護人之獨立上訴權<sup>6</sup>，而係從屬之代理權性質<sup>7</sup>，並非固有權；且被告若已有合法之上訴，該代理人或辯護人之上訴即失其效力<sup>8</sup>。此乃因辯護人之上訴權係代理權性質，既謂之代理權，其存在自須依存於被告本人，若被告之上訴權已喪失，辯護人即不得再行上訴。此與同法第345條所定：「被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴。」之規定，係以被告之法定代理人或配偶之名義獨立行使上訴權者迥異<sup>9</sup>。由此顯

<sup>5</sup> 司法院釋字第306號解釋理由書參照。

<sup>6</sup> 最高法院53年台上字第2617號刑事判例。

<sup>7</sup> 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），三版，2015年9月，356頁；林鈺雄，刑事訴訟法（下），八版，2017年10月，382頁；林俊益，刑事訴訟法概論（下），十七版，2021年9月，337頁；陳文貴，刑事訴訟法理論與實務註釋（下），二版，2023年10月，307頁。

<sup>8</sup> 最高法院101年度台上字第6091號判決：至於同法第346條前段規定：「原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴」，條文中未規定：「得為被告之利益獨立上訴」，係以被告原審之代理人或辯護人之上訴權，乃本於代理權之作用，並非具有獨立上訴權，故其上訴應以被告名義行之，且被告若已有合法之上訴，該代理人或辯護人之上訴即失其效力，法院毋庸分別裁判。

<sup>9</sup> 最高法院102年度第8次刑事庭會議決議：……因而辯護人之上訴權係代理權性質，既謂之代理權，其存在自須依存於被告本人，若被告之上訴權已喪失，辯護人即不得再行上訴（參見

見，原審之代理人或辯護人得為被告之利益而上訴，係依附於其與被告之間的代理權之委任關係而存在。因此，刑事訴訟法第346條但書始特別表明，不得與被告明示之意思相反，而非原審之代理人或辯護人得不顧被告之意願，逕行為被告利益而上訴。蓋因此種上訴係具有特別委任關係，原則上非受特別委任不得為之<sup>10</sup>，與刑事訴訟法第345條所定被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴之獨立上訴權，性質截然不同。最高法院99年度台上字第5234號、100年度台上字第5795號這二號判決意旨認為，原審之代理人或辯護人應以「被告之簽名或蓋章」，用以證明此種代理上訴，並未與被告明示意思相反，應係本於此種代理權之性質所表示之觀點而發。但反對意見認為：「此項上訴，因不得與被告明示之意思相反，故解釋為僅係代理被告行使上訴權而已，雖其毋庸被告之授權而得獨立代理行使，……（略）。<sup>11</sup>」惟此反對意見既已認為，此種上訴僅係代理被告行使上訴權而已，既曰係代理權之性質，又認為無庸得到委任人之應允或授權，而得獨立代理行使，不無與委任代理之本質有所扞格。

倘若依據最高法院99年度台上字第5234號、100年度台上字第5795號這二號判決意旨，原審之代理人或辯護人依據刑事訴訟法第346條之規定，為被告之利益而上訴，應以「被告之簽名或蓋章」，用以證明此種代理上訴，並未與被告明示意思相反，則在上述「案例二」中，因此種上訴被告已在上訴狀簽名或蓋章，可以證明原審之代理人或辯護人為被告之利益而上訴，並未違反被告明確之意思。因此，倘若個案中第二審法院認為有必要適用刑事訴訟法第371條第1項但書之規定，就此種原審之代理人或辯護人為被告利益而上訴之案件，因原審判決適用法條不當而撤銷之，而應諭知較重於原審判決之刑情形，然在上訴審中被告經合法傳喚而未到庭，又有得逕行判決之情形者，因此種上訴不利益是在法律所預定之法律效果中，而且可以證明並未違反被告明示之意思，當不致衍生上述「案例二」之情形。反之，若採本案憲法法庭判決見解所稱：「除與被告明示意思相反外」，以及最高法院111年度台上字第3887號判決意旨認為：「上訴人並無於該上訴狀上再行簽名、蓋章或按指印之必要」之見解，此種由法院反證證明之

---

附件二，林永謀，刑事訴訟法釋論，下冊）。此與同法第345條：「被告之法定代理人或配偶，得為被告之利益獨立上訴。」之規定，係以被告之法定代理人或配偶之名義獨立行使上訴權者迥異。換言之，辯護人之代理上訴權係依附於被告之上訴權之內，辯護人為被告利益上訴，其上訴期間之起算，應以被告收受判決之日為標準。本件被告甲之上訴權既已逾期，其選任辯護人乙即不得再以被告名義，為甲之利益提起上訴，其上訴為不合法（下略）。

<sup>10</sup> 民事訴訟法第70條第1項規定參照：「訴訟代理人就其受委任之事件有為一切訴訟行為之權。但捨棄、認諾、撤回、和解、提起反訴、上訴或再審之訴及選任代理人，非受特別委任不得為之。」

<sup>11</sup> 林永謀，刑事訴訟法釋論（下冊），改訂版，2010年11月，17頁。

方式，則在第二審程序中因被告所在不明，而未能到案之情況下，被告即完全被蒙在鼓裡（最高法院111年度台上字第3887號判決案例就是屬於此種情況），被告並不知道檢察官、辯護人、法院正在進行著有關其犯行之第二審上訴程序，也可能因此獲得更不利益之判決結果；甚至在因案件需要適用變更起訴法條之情況下，第二審法院也無從合法告知其變更後之罪名，因此勢必只能拘提、通緝被告到案，案件因此也只能一再延滯，直到被告有一天被莫名其妙拘提或通緝到案，獲得告知其所涉案件正在第二審上訴程序中為止，才能獲得妥適解決。

固然本於憲法第8條及第16條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（司法院釋字第582、654、737、762號及第789號解釋參照），包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能（司法院釋字第654號解釋參照）。此項被告受辯護人有效協助之權利，雖然是現代法治國普世公認之基本人權（聯合國公民與政治權利國際公約第14條第3項第4款、歐洲人權公約第6條第3項第3款、美國憲法增補條款第6條及日本國憲法第37條第3項等規定參照）。被告對於法院之裁判依法得提起上訴或抗告以聲明不服，係被告重要之防禦權，此在刑事訴訟法上均有明文之規定，被告之防禦權或受辯護人扶助之倚賴權，並未絲毫受

到折損或剝奪。原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴，故亦值得肯定。但原審之代理人或辯護人，得為被告之利益而上訴既係屬於代理權之性質，則代理人卻可以不經過委任人之明示或默示同意之下，即得逕行為代理行使上訴權，不無與代理權之本質有所扞格。蓋以，上訴究竟係有利或不利被告，基於被告係訴訟主體而不是客體，自應以被告之立場而為判斷，不應將被告之意思完全棄之不理。實務上即曾發生辯護人將被告之意思棄之不理，而為被告之利益提起上訴，案件因此一再延宕，最後被告迫不得已，始具狀表明其辯護人不得再以其名義提出任何形式書狀之情形（最高法院97年度台上字第3724號刑事判決參照）。

法律制度尤其是訴訟程序法，前後彼此環環相扣，不能以純粹法學的方法單獨詮釋某一條文之意義，而應以宏觀整體檢視相關條文架構之體系解釋方法，以免顧此失彼，造成制度與法理上的矛盾，甚而為保障被告之利益，反而衍生對被告更不利益之結果，致被告未蒙其利反受其害。本案憲法法庭判決首揭憲法上之理由，故均值得肯定，但並未檢視整體刑事訴訟制度之體系關聯性，即逕而推論；從而，辯護人得為被告之利益而上訴或抗告，「除與被告明示意思相反外」，係被告受辯護人協助有效行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障云云，最高法院111年度台上字第3887號判決受此影響，因而修正以往實務見解，在上述「案例二」的情況之下，思慮不無有所偏失，也可能導致揠苗助長之弊，反而可能致有害於被告之

利益，非無可資檢討之餘地。

## 結 語

憲法法庭111年憲判字第3號判決宣示，刑事訴訟法關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第3編第1章關於上訴權人之規定，不無導致刑事訴訟法第403條關於抗告權人範圍之規定已被架空，而有修正之必要；又認為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，「除與被告明示意思相反外」，自得為被告之利益而抗告，亦已造成實質上修改刑事訴訟法第346條但書所定：「但不得與被告明示之意思相反。」，已導致訴外裁判，更間接宣告最高法院以往關於刑事訴訟法第346條但書所定之辯護人積極舉證證明

見解，不能再予以適用。受此影響所及，在個案上即可能導致上訴審發現案件有應適用刑事訴訟法第370條第1項但書規定之情形，因被告未獲此種名義上為其利益而上訴之告知，又因故未能到庭，反而致莫名其妙被拘提、通緝，或受更不利益之判決，或上訴審程序因為無法踐行罪名變更之告知程序，因而一再延滯訴訟；又倘若被告因此受較重於原審判決之刑，是否得以原審之代理人或辯護人未得其同意而上訴，致其受更不利益之刑之判決為理由，據以提起第三審上訴尋求救濟？凡此所衍生之相關問題，均有待進一步加以釐清。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)；更多裁判分析 月旦法律分析庫 [lawwise.com.tw](http://lawwise.com.tw)）