

最高檢察署檢察總長非常上訴書

110 年度非上字第 56 號

被 告 呂金鎧

上列被告因妨害性自主案件，經臺灣高等法院於 95 年 3 月 30 日以 93 年度重上更(六)字第 48 號裁定確定，本檢察總長認為違背法令，應行提起非常上訴，茲將原裁定主文及非常上訴理由分列於後：

原裁定主文

上訴駁回。

非常上訴理由

- 一、判決不適用法則或適用法則不當者，為違背法令，刑事訴訟法第三百七十八條定有明文。又依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項判決即屬違背法令，得提起非常上訴，亦經司法院大法官釋字第一八一號著有解釋。
- 二、刑事訴訟法第 358 條第 1 項規定：「捨棄上訴權及撤回上訴，應以書狀為之。但於審判期日，得以言詞為之。」法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 166 點(捨棄及撤回上訴之方式)規定：「捨棄上訴權及撤回上訴，除於審判期日，得以言詞為之之外，餘概應用書狀。」

其以言詞為之者，應聽其自由表示，不得有強制、暗示、引逗等情事，遇有於審判期日前訊問時，以言詞撤回上訴者，應即諭知補具書狀。又被告捨棄上訴權及撤回上訴之效力，不影響其法定代理人或配偶獨立之上訴權。（刑訴法三五八，參照最高法院二十八年抗字第一五五號判例）」另參照最高法院 [101 年度台上字第 1421 號](#) 刑事判決：「是辯護人之選任，起訴後應於每審級法院為之，於各審級合法選任或指定之辯護人，其辯護人之權責，應終於其受選任、指定為辯護人之該當案件終局判決確定時，若提起上訴者，並應至上訴發生移審效力，脫離該審級，另合法繫屬於上級審而得重新選任、指定辯護人時止，俾強制辯護案件各審級辯護人權責之射程範圍得互相銜接而無間隙，以充實被告之辯護依賴；復觀諸終局判決後，辯護人仍得依刑事訴訟法第三百四十六條規定，為被告之利益提起上訴，並為上訴而檢閱卷宗及證物，故提起第二審上訴之案件，原審終局判決後，於案件因合法上訴而移審另繫屬於上級審法院前，原審辯護人訴訟法上辯護人地位猶然存在，而有為被告利益上訴，並協助被告為訴訟行為之權責甚明，其自當本其受委任或指定從事為被告辯護事務之旨，一如終局判決前，依憑其法律專業判斷，於

訴訟上予被告一切實質有效之協助，以保障其訴訟防禦權，維護被告訴訟上正當利益。」是以，強制辯護案件於原審終局判決後，案件因合法上訴而移審另繫屬於上級審法院前，原審辯護人訴訟法上辯護人地位猶然存在，而有為被告利益上訴，並協助被告為訴訟行為之權責甚明，從而強制辯護案件之被告，未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，是否於捨棄時即已生效，即有疑義。

三、參酌美國、日本、德國關於捨棄上訴相關之實務見解，以日本法之角度，如非死刑或無期徒刑之強制辯護案件，宣判時辯護人不在場，被告當庭書面捨棄上訴權，縱無不可歸責於被告之錯誤，被告為捨棄時亦無精神障礙，惟為保障被告從辯護人處獲取幫助之機會的實質保障，該捨棄上訴之效力應有所存疑。而美國委任律師辯護案件或指定律師辯護案件之被告，未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，應依被告捨棄上訴時是否有效放棄律師辯護權或辯護人到場權而定；被告未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，如果已符合捨棄律師辯護權要件，其捨棄上訴有效。若被告非自動願意放棄律師在場；或法院未告知被告捨棄辯護人在場權可能面對之風險、被訴罪名或可能面對的刑度，不僅其放棄辯護人在場權無效，其捨棄上

訴亦因而無效。至於強制辯護案件，被告既無權捨棄律師辯護，因此無權自行捨棄上訴。依德國聯邦最高法院之實務見解，為了讓被告能徹底分析上訴與否之利弊、避免未經思考之倉促決定，有辯護人的被告，於被告捨棄上訴前，應給予被告與其在場辯護人諮詢之機會。強制辯護案件，被告未事先諮詢辯護人之情形，其所為捨棄上訴之聲明是無效的(相關資料均請參閱附件)。

四、本件案件係屬強制辯護案件，於 95 年 3 月 14 日上午 10 時宣示判決時僅有被告到庭，辯護人並未在場，被告於宣示判決後固表示捨棄上訴，並有被告填寫之捨棄上訴聲請書在卷為憑。然查，依卷附宣示判決筆錄，並無記載有無詢問被告「是否仍要上訴」僅被告填寫捨棄上訴聲請書，則被告容有訴訟程序自主權，惟法院並未善盡其對被告有利事項之注意義務，告知被告有待辯護人在場或請辯護人具狀撤回之權利，俾被告得充分行使刑事訴訟法上之權利，被告之辯護倚賴權顯未依法受保障，應不生撤回上訴之效力。原審就此未詳予調查被告在辯護人未在場，是否了解捨棄上訴之真意，以保障其訴訟權利，顯有判決不適用法則及依法應於審判期日調查之證據未予調查之違背法令。

五、案經確定，且影響被告之權益，爰依刑事訴訟法第 441 條、第 443

條提起非常上訴，以資糾正。

此致

最高法院

中 華 民 國 110 年 3 月 31 日

檢察總長 江 惠 民

美國法(捨棄上訴)

(一)、美國受律師辯護權

美國聯邦憲法增修條文第 6 條賦予被告律師辯護權¹，聯邦最高法院在 *Gideon v. Wainwright* 案²表示：賦予被告律師辯護權對公平審判制度至為重要，根據憲法增修條文第 6 條及第 14 條，州法院應該在刑事案件中為無資力支付律師費用的被告提供律師。然而，並非所有刑事案件之被告均有律師辯護權，聯邦最高法院在 *Scott v. Illinois* 案³表示，需入監服刑之刑事被告才有受指定律師辯護協助權，法院不必為判處罰金之無資力被告指定辯護律師。

美國被告律師辯護權並非始於審判開始，而是兩造對抗開始時，而逮捕後解送法院接受初次詢問⁴以及起訴都屬進入兩造對抗程序。美國聯邦刑事訴訟規則第 44 條(a)項規定⁵：「無資力僱用律師之被告，自(逮捕後解送法院)初次詢問(initial appearance)至上訴之程序，除非放棄受律師辯護，否則有受指定律師辯護協助權。」因為審判前有些重要程序已經展開兩造對抗，若等到審判開始才賦予被告律師辯護權，很可能會導致該審判辯護流於形式。

以指認程序為例，聯邦最高法院在 *United States v. Wade* 案⁶表示：律師辯護權非僅指審判中受辯護之權利，審判前有必要時亦有受律師辯護之需要，否則律師無法於審判中作有效之辯護。指認與血跡或指紋分析不同，後者辯護人雖未到場，仍可於審判中透過交互詰問及提出專家證人等方式作有效之辯護；但指認涉有許多潛在危險，被

¹ U.S. Constitution, Amendment VI, "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right ..., and to have the assistance of counsel for his defense."

² 372 U.S. 335 (1963).

³ 440 U.S. 367 (1979), "The Supreme Court of Illinois went on to state that it was 'not inclined to extend *Argersinger*' to the case where a defendant is charged with a statutory offense for which imprisonment upon conviction is authorized but not actually imposed upon the defendant. We agree with the Supreme Court of Illinois..."

⁴ *Rothgery v. Gillespie County*, 554 U.S. 191 (2008)

⁵ Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 44(a) "Right to Appointed Counsel. A defendant who is unable to obtain counsel is entitled to have counsel appointed to represent the defendant at every stage of the proceeding from initial appearance through appeal, unless the defendant waives this right."

⁶ *United States v. Wade*, 388 U.S. 218 (1967).

害人可能心懷怨恨，指認時可能猶豫多變或受警察有意或無意的暗示之影響，且證人一旦指認某人為行為人，以後就很可能改變先前之指認。若指認未通知辯護人到場，辯護人很難知道指認時究竟有何瑕疵，因此指認未通知辯護人到場，違反聯邦憲法增修條文第 6 條律師辯護權，但被告可放棄此律師到場權。

相對地，因兩造對抗已經展開才賦予被告律師辯護權，所以兩造對抗程序開始前之指認並不需要告訴被告可僱請律師及通知辯護人到場⁷。另外，在 *United States v. Ash* 案⁸，聯邦最高法院表示：證人為相片指認時，雖被告已被起訴，但警察或檢察官詢問證人時被告既無到場權，相片指認程序並無兩造對抗之情形，被告甚至並不在場，警察未通知辯護人於證人為相片指認時到場，應屬合法。

(二)、放棄律師辯護權或放棄辯護人到場權

兩造對抗開始後，被告有律師辯護權，但基於被告自主原則，美國刑事訴訟之強制辯護僅限於無正常智識能力之被告，而非如我國刑事訴訟法第 31 條第 1 項強制辯護對象尚包括重罪被告、原住民及中低收入戶之被告；亦即，美國一般正常智識能力之被告有權放棄律師辯護權或辯護人到場權，而自為辯護⁹。聯邦最高法院在 *Godinez v. Moran* 案¹⁰表示：放棄律師辯護權(包括辯護人到場權)之要件為二：(1)被告有辨別訴訟程序進行之能力；(2)被告理解其放棄律師辯護權所面臨之風險。因此，被告若有正常智識能力，法院並告知被告其被訴罪名、放棄律師辯護權或辯護人到場權之不利及可能面對的刑度，被告仍選擇放棄律師辯護權或辯護人到場

⁷ Kirby v. Illinois, 406 U.S. 682 (1972).

⁸ United States v. Ash, 413 U.S. 300 (1973).

⁹ Faretta v. California, 422 U.S. 806 (1975).

¹⁰ Godinez v. Moran, 509 U.S. 389 (1993), note 12, "The focus of a competency inquiry is the defendant's mental capacity; the question is whether he has the ability to understand the proceedings. The purpose of the 'knowing and voluntary' inquiry, by contrast, is to determine whether the defendant actually does understand the significance and consequences of a particular decision and whether the decision is uncoerced."

權，不待辯護人到庭，得自為辯護。

美國刑事被告經法院指定辯護律師或自行僱用律師辯護後，其訴訟策略主要由辯護人負責，但被告仍有下列四項事項之最終決定權：(1)選擇是否認罪；(2)選擇由職業法官審判或陪審團審判；(3)被告是否作證；(4)是否提出上訴。因此，不論是自行委任律師辯護案件或指定律師辯護案件，被告均有權捨棄上訴。至於委任律師辯護案件或指定律師辯護案件之被告，未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，是否有效？則應依被告捨棄上訴時是否有效捨棄律師辯護權或辯護人到場權而定。因為是否提出上訴屬於被告決定之事項，而非辯護律師決定事項，因此，如果已符合上開捨棄律師辯護權要件，被告未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，其捨棄上訴仍然有效。但強制辯護案件，被告既無權捨棄律師辯護權或辯護人到場權，因此無權自行捨棄上訴。

反之，若被告非自動願意放棄律師辯護權或辯護人到場權；或法院未告知被告放棄律師辯護權或辯護人到場權可能面對之風險、被訴罪名或可能面對的刑度，因其放棄律師在場非屬於“knowing and voluntary”，不僅其放棄辯護人在場權無效，其捨棄上訴亦因而無效。

(三)、小結

美國委任律師辯護案件或指定律師辯護案件之被告，未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，應依被告捨棄上訴時是否有效放棄律師辯護權或辯護人到場權而定；被告未經徵詢其辯護人意見所為之捨棄上訴，如果已符合捨棄律師辯護權要件，其捨棄上訴有效。若被告非自動願意放棄律師在場；或法院未告知被告捨棄辯護人在場權可能面對之風險、被訴罪名或可能面對的刑度，不僅其放棄辯護人在場權無效，其捨棄上訴亦因而無效。至於強制辯護案件，被

告既無權捨棄律師辯護，因此無權自行捨棄上訴。但應注意美國強制辯護限於無正常智識能力之被告，而非如我國強制辯護對象尚包括重罪被告、原住民及中低收入戶之被告。

日本法：強制辯護與上訴捨棄

一、強制辯護之理由在於協助人身自由受拘束之人

強制辯護的理由，依日本最高法院大法庭平成 11 年 3 月 24 日判決¹：日本憲法第 34 條前段「保障委任辯護人之權利，乃是使人身自由受拘束之嫌疑人，能夠澄清成為拘禁原因的嫌疑，行使恢復人身自由之手段等，使犯罪嫌疑人為了守護其自身的自由及權利而能得到辯護人援助為目的…從辯護人處獲取幫助之機會應與實質保障」。

日本在 2016 年就刑事訴訟法的修正，即因應上旨，嫌疑人經准予羈押，而因貧困或其他事由無法選任辯護人，法官應依其聲請為嫌疑人選任辯護人(刑事訴訟法第 37 條之 2²)，強制辯護不再限於死刑、無期徒刑或最輕本刑 3 年以上而遭羈押之嫌疑人；經准予羈押確無辯護人，如嫌疑人因精神障礙或其他事由而判斷是否需要辯護人有所困難，於認有必要時，得依職權選任辯護人(刑事訴訟法第 37 條之 4³)。

二、上訴捨棄之限制

被告得提起上訴(刑事訴訟法第 351 條第 1 項⁴)，原審之代理人或辯護人，得為被告利益上訴(刑事訴訟法第 355 條⁵)，但不得與被

¹ 最高裁判所大法庭平成 11 年 3 月 24 日判決，民集 53 卷 3 号 514 頁，<https://reurl.cc/zb8Oje>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

² 原文是：第 37 條の 2 被疑者に対して勾留状が発せられている場合において、被疑者が貧困その他の事由により弁護人を選任することができないときは、裁判官は、その請求により、被疑者のため弁護人を付さなければならない。ただし、被疑者以外の者が選任した弁護人がある場合又は被疑者が釈放された場合は、この限りでない。

② 前項の請求は、勾留を請求された被疑者も、これを行うことができる。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

³ 原文是：第 37 條の 4 裁判官は、被疑者に対して勾留状が発せられ、かつ、これに弁護人がない場合において、精神上の障害その他の事由により弁護人を必要とするかどうかを判断することが困難である疑いがある被疑者について必要があると認めるときは、職権で弁護人を付することができる。ただし、被疑者が釈放された場合は、この限りでない。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

⁴ 原文是：第 351 條 檢察官又は被告人は、上訴をすることができる。

② 第 266 條第 2 号の規定により裁判所の審判に付された事件と他の事件とが併合して審判され、一個の裁判があつた場合には、第 268 條第 2 項の規定により檢察官の職務を行う弁護士及び当該他の事件の檢察官は、その裁判に対し各々独立して上訴をすることができる。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

⁵ 原文是：第 355 條 原審における代理人又は弁護人は、被告人のため上訴をすることができる。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

告明示之意思相反(刑事訴訟法第 356 條⁶)，被告亦得捨棄上訴(刑事訴訟法第 359 條⁷)，然對處以死刑或無期徒刑之判決上訴，不受第 359 條、第 360 條之限制，不得捨棄(刑事訴訟法第 360 條之 2⁸)，而捨棄上訴應以書狀為之(刑事訴訟法第 360 條之 3⁹)。

依照刑事訴訟規則第 224 條¹⁰ 規定，撤回上訴原則上應以書面為之，但在公判庭得以口頭為之。日本最高法院曾表示上訴之撤回，如係基於錯誤，且錯誤不可歸責於被告本人，則其上訴撤回無效(日本最高法院第二小法庭昭和 44 年 5 月 31 日裁定¹¹)，若係精神障礙所致之訴訟能力欠缺，其上訴撤回亦屬無效(日本最高法院裁判所第二小法庭平成 7 年 6 月 28 日裁定¹²)。由於捨棄上訴，亦屬訴訟能力問題，一般亦認為上訴撤回無效之判斷標準，在捨棄上訴也有適用¹³。

強制辯護案件，於宣判後，被告尚未獲指定新的辯護人，即捨棄

⁶ 原文是：第 356 條 前 3 條の上訴は、被告人の明示した意思に反してこれをする事ができない。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

⁷ 原文是：第 359 條 檢察官、被告人又は第 352 條に規定する者は、上訴の放棄又は取下をすることができる。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

⁸ 原文是：第 360 條の 2 死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に処する判決に対する上訴は、前二條の規定にかかわらず、これを放棄することができない。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

⁹ 原文是：第 360 條の 3 上訴放棄の申立は、書面でこれをしなければならない。引自 e-Gov 法令検索，刑事訴訟法，<https://reurl.cc/v5DEee>(最後瀏覽：2021 年 1 月 13 日)。

¹⁰ 原文是：第 224 條 上訴取下の申立は、書面でこれをしなければならない。但し、公判廷においては、口頭でこれをする事ができる。この場合には、その申立を調書に記載しなければならない。引自：<https://reurl.cc/7yX99k>(最後瀏覽：2021 年 1 月 12 日)。

¹¹ 最高裁判所第二小法廷決定昭和 44 年 5 月 31 日，刑集第 23 卷 6 号 931 頁，<https://reurl.cc/e9xEej>(最後瀏覽：2021 年 1 月 12 日)。被告涉犯之詐欺案件，於昭和 44 年 1 月 8 日對昭和 43 年 12 月 25 日東京高等裁判所之判決提起上訴，於同年 5 月 1 日以書面撤回上訴，其理由略為僅與一部份之被害人就賠償有所共識，就其他被害人也可以談談看賠償等事宜而欲繼續上訴等語，法院認為即便有被告所說的錯誤，但無法認定錯誤係基於不可歸責被告之事由，不可認為其撤回無效。

¹² 最高裁判所第二小法廷決定平成 7 年 6 月 28 日，<https://reurl.cc/bz5nVl>(最後瀏覽：2021 年 1 月 12 日)。受死刑宣判的被告，雖有不服該判決，在死刑判決之衝擊與法院審理程序之重大壓力所伴隨之精神痛苦而生之精神障礙，於其影響下，以逃離此苦痛為目的而撤回上訴，被告之撤回上訴，有著對於守護自己權利的能力顯著受限之情，撤回上訴無效。

¹³ 三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一(編)，高橋康明，新基本法コンメンタール 刑事訴訟法，日本評論社，3 版，2018 年 4 月，608 頁。

上訴，是否有效，尚無實例。惟於相同之情狀，而原指定辯護人業已提起上訴後，被告又自行撤回上訴，其效力如何，有實例：

福岡高等法院平成 13 年 9 月 10 日裁定：(平成 5 年 10 月 27 日一審判決後，國選辯護人甲即上訴，同年 11 月 16 日被告 A 撤回上訴。6 年之後，被告選任辯護人，主張撤回上訴無效，法院認為)，審級結束，選任辯護人之選任效力也喪失，不過，依刑訴法第 355 條規定，原審辯護人得上訴，亦有不上訴或提出上訴意旨之權，得閱覽、謄寫訴訟資料、亦得有與羈押中之被告律見等辯護活動，此時應解為選任效力續存，本案被告 A 撤回上訴之前，甲曾 2 度去律見 A，告以無須撤回上訴，A 仍撤回上訴權，顯見被告了解撤回上訴之利弊得失，不能認為被告之訴訟能力欠缺¹⁴。

三、小結

以日本法之角度，如非死刑或無期徒刑之強制辯護案件，宣判時辯護人不在場，被告當庭書面捨棄上訴權，縱無不可歸責於被告之錯誤，被告為捨棄時亦無精神障礙，惟為保障被告從辯護人處獲取幫助之機會的實質保障，該捨棄上訴之效力應有所存疑。

¹⁴ 福岡高等裁判所決定平成 13 年 9 月 10 日，(LEX/DB 文献番号 28075049)。

德國法(捨棄上訴)

德國刑事訴訟法第 302 條規定：「(第 1 項)上訴期間屆滿前，亦得有效地撤回上訴以及捨棄上訴。判決前達成協商合意者(第 257c 條)，不得捨棄上訴。檢察官為被告利益提起上訴時，未經被告同意不得撤回之。(第 2 項)辯護人撤回上訴，需有明確授權。¹」刑事程序與罰鍰程序準則第 142 條規定上訴及救濟方法之教示，該條第 2 項第 1 句規定：「被告不應當被引導，於宣判後立即表示是否捨棄上訴。²」

德國刑事訴訟法第 140 條強制辯護的規定，不僅僅是宣判前，而是宣判後也具有重要性。違反德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項或同條第 2 項強制辯護之規定，無辯護人參預(mitwirken)時，被告所為捨棄上訴之聲明是無效的³。

依聯邦最高法院的實務見解，有辯護人的被告，於被告捨棄上訴前，應給予被告與其在場辯護人諮詢之機會。主要援引的聯邦最高法院判決為 1963 年 2 月 12 日 1 StR 561/62 判決⁴以及 1963 年 9 月 17

¹ Strafprozeßordnung (StPO)

§ 302 Zurücknahme und Verzicht

(1) Die Zurücknahme eines Rechtsmittels sowie der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels können auch vor Ablauf der Frist zu seiner Einlegung wirksam erfolgen. Ist dem Urteil eine Verständigung (§ 257c) vorausgegangen, ist ein Verzicht ausgeschlossen. Ein von der Staatsanwaltschaft zugunsten des Beschuldigten eingelegtes Rechtsmittel kann ohne dessen Zustimmung nicht zurückgenommen werden.

(2) Der Verteidiger bedarf zur Zurücknahme einer ausdrücklichen Ermächtigung.

德國刑事訴訟法之中譯，均係參照「連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月。」之內容，並對照最新修正條文原文後所譯。

² Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) Vom 1. Januar 1977(vgl. Bek. des BMJ v. 21.12.1976, BAnz. Nr. 245 S. 2)

142 Belehrung über Rechtsmittel und Rechtsbehelfe

(2) 1Der Angeklagte soll nicht veranlaßt werden, im unmittelbaren Anschluß an die Urteilsverkündung zu erklären, ob er auf Rechtsmittel verzichtet. 2Erklärt er, ein Rechtsmittel einlegen zu wollen, so ist er an die Geschäftsstelle zu verweisen.

³ Meyer-Goßner/Schnitt, Strafprozessordnung, 61. Aufl., 2018, § 302, Rn. 25a.

⁴ BGH, Urteil vom 12.2.1963 – 1 StR 561/62. 即 BGHSt 18, 257.

日 1 StR 301/63 判決⁵，以下簡介該二判決關於此一論點的主要理由：

聯邦最高法院 1963 年 2 月 12 日 1 StR 561/62 判決：捨棄上訴與提起上訴均有同樣的形式要求，即書面或言詞由書記官製作筆錄之方式，該形式要求的根本目的在於，讓被告徹底審視其行動的利弊，避免未經思考、倉促的決定。且該捨棄上訴的聲明，應依德國刑事訴訟法第 273 條第 3 項，朗讀並取得被告同意，筆錄中並記載曾朗讀且經被告同意。如此，方能確保捨棄上訴的被告有仔細地考慮支持及反對該決定的理由，而不被未經思考及倉促的聲明所拘束。有辯護人的被告，在捨棄上訴前，應給予被告與其辯護人討論的機會，或者辯護人應有提供被告建議的機會。在注意上開原則下，如果被告及辯護人或其中任一方，可辨認出他們仍想彼此討論或想與對方討論，來決定是否要做出一個具有拘束力的捨棄上訴的聲明，即非可記載於筆錄之終局有效的捨棄上訴。

聯邦最高法院 1963 年 9 月 17 日 1 StR 301/63 判決：被告已歷經二天的審理程序，所涉犯的罪名是最重的罪行，即謀殺罪，且被判處無期徒刑。於宣判緊接著引導被告為捨棄上訴之聲明，違反法律的本意。且刑事程序與罰鍰程序準則第 142 條第 2 項以充分的理由警告，不應引導被告倉促地聲明捨棄上訴。本案被告自己沒有理由也沒有需要立即終局性地決定是否提起上訴。與被判處有期徒刑、目前在押的被告不同(參照德國刑事訴訟法第 450 條羈押期間折抵徒刑之規定)，本案被告捨棄上訴僅有弊無利。且不能期待被告在經歷二天的審理程序及緊接的宣判，在強大的精神壓力下，能作出如此重要的決定。以被告的教育程度，被告也沒有能力獨自判斷上訴的前景。因此，被告在未事先諮詢其辯護人之情形，絕不可以要求他為是否捨棄上訴的聲

⁵ BGH, Urteil vom 17.9.1963 – 1 StR 301/63. 即 BGHSt 19, 101.

明。或許被告接下來的全部命運，就取決於正確作出是否提起上訴的決定，應當在被告已諮詢過其辯護人或至少獲得足夠的機會諮詢其辯護人後，再作出此一決定，而這也符合強制辯護規定(德國刑事訴訟法第 140 條第 1 項第 1 款)的意義。

是以，強制辯護案件，被告未事先諮詢辯護人之情形，其所為捨棄上訴之聲明是無效的。

