

## 調 查 報 告

壹、案由：據訴，臺灣高雄地方法院審理 98 年度訴字第 274 號渠被訴貪污治罪條例案件，判決不公，且歷審法院未詳查事證，涉有違失等情乙案。

貳、調查意見：

本案係盧 00、莊 00 陳訴「臺灣高雄地方法院審理 98 年度訴字第 274 號渠被訴貪污治罪條例案件，判決不公，且歷審法院未詳查事證，涉有違失等情」乙案，爰由錢林慧君委員申請自動調查。經向臺灣高雄地方法院檢察署調閱全卷，業調查竣事，茲將調查意見臚列於後：

一、陳訴人陳述意旨：

(一)本案一審台灣高雄地方法院，於98年度訴字第274號案刑事判決，認定陳情人犯有貪污治罪條例第5條第1項第3款之對於職務上之行為收受賄賂之犯行，然竟於判決主文中諭知陳情人、「對於『違背』職務之行為，收受賄賂，處有期徒刑捌年陸月，褫奪公權伍年。」。雖嗣後該院以裁定更正為，判決原本及其正本主文欄第一行關於『對於違背職務之行為』之記載，均更正為『對於職務上之行為』，上開判決，有主文與判決理由矛盾之違法情事，竟又違法僅以裁定更正，而有判決違背法令之情事。

(二)台灣高等法院高雄分院暨最高法院承審法官，均疏未審查，而竟予維持原一審判決，則涉有違反公務員服務法及法官法情事。

二、按最高法院 97 年度第 4 次刑事庭會議稱，「非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救

濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決；或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第四百四十一條對於非常上訴係採便宜主義，規定『得』提起，非『應』提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。二、所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致未遵守者（例如應沒收，漏未諭知沒收。應褫奪公權，漏未宣告褫奪公權。應付保安處分，漏未宣付保安處分等）；或司法院已有解釋可資依循，無再行闡釋之必要者（例如裁判確定後另犯他罪，不合數罪併罰之規定，誤為定執行刑。數罪併罰中，有得易科罰金之罪，有不得易科罰金之罪，於定執行刑時，誤為諭知易科罰金。對於與配偶共犯告訴乃論罪之人，誤認為不得提起自訴，而為不受理判決。顯係文字誤寫，不影響於全案情節與判決本旨，

得以裁定更正等)；或其違背法令情形，業經本院著有判例、判決或作成決議、決定予以糾正在案，實務上並無爭議者（例如不合緩刑要件，誤為宣告緩刑。不合減刑或減輕其刑條件，誤為減刑或減輕其刑。合於累犯要件，未論以累犯。量刑或定執行刑，低於法定最低度刑。不得易科罰金之罪，誤為諭知易科罰金。裁判上一罪案件，已受請求之事項未予判決。應為實體判決，誤為不受理判決等）；或因「前提事實之誤認」，其過程並不涉及法令解釋錯誤之問題者（例如誤認有自首之事實，而減輕其刑。被害人或共犯為兒童或少年，誤認為非兒童、少年，或誤認被告未滿十八歲、已滿八十歲，致應加重未加重、不應減輕而減輕等）諸情形，對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性。基於刑事訴訟法第四百四十一條係採便宜主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可不予准許」等語。

- 三、另按最高法院 80 年台上字第 2007 號判例稱：「訴訟程序中，於其應為訴訟行為而使訴訟狀態為一定之推移後，固發生一定之確定狀態；然此一確定狀態是否應予絕對性之效力，其有錯誤是否亦不得更正，則須就法的安定性與具體的妥當性兩者予以適當之衡量而定之，非可一概而論。蓋刑事訴訟重在國家刑罰權之實現，訴訟程序係對於判決之目的之手段，於某一程度上，其手段自應隸屬於目的。以裁判之更正言，倘將更正之訴訟行為視為有效，反較視之為無效，更能符合訴訟整體之利益，且對被告亦不致發生不當之損害者，為求訴訟之合目的性，自不能僅因訴訟狀態之確定，即不許其為更正。司法院大法官會議釋字第四

十三號解釋所謂，不影響於全案情節與判決之本旨云者，亦即此意」等語。

- 四、再就刑事訴訟法第 369 條規定：「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份撤銷，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。第二審法院因原審判決未諭知管轄錯誤係不當而撤銷之者，如第二審法院有第一審管轄權，應為第一審之判決。」又最高法院十八年抗字第一三三號判例：「當事人不服第一審判決上訴於第二審法院，第二審法院無論認上訴有無理由，均應以判決行之，乃原審竟以批示駁回上訴，顯有不合。」同院十九年上字第一七四七號判例稱：「上訴審法院對於刑事上訴案件，不應單就上訴意旨為審理之範圍，故有時上訴意旨雖不足採，而審理結果發見原判決亦屬不當者，應即以職權撤銷，另為適當之判決，是原判決之不當，既係因上訴而發現，仍應認上訴為有理由，自不能於撤銷原判決另為判決外，又一面將上訴駁回。」同院 30 年上字第 2565 號判例稱：「刑事訴訟法對於第二審之上訴書狀並無應敘述上訴理由之明文，亦未規定第二審法院之調查應以上訴理由所指摘之事項為限，則凡第一審判決而已上訴之部分，無論曾否敘述上訴理由，第二審均應調查裁判，原審對於已經上訴之部分，以上訴意旨未加指摘，竟為不附理由之判決，顯屬違法。」是則，依現行法律及有效判例我國目前第二審審理制度為覆審制。上級審法院應就原審判決經上訴之部分，為完全重覆之審理，關於事實認定、法律適用、刑罰量定，皆與第一審法院同其職權且不論上訴有無理由，第二審均應調查裁判。

五、本案爭議為地方法院得否將主文有關不同構成要件錯誤部分，以『裁定』加以更正，或應『上訴』第二審由高院撤銷原判決，而自為判決，惟不論採用何種方式，因第二審在我國仍為事實審，故未剝奪被告審級利益，合先敘明。本案細查審理過程，一審 98 年度訴字第 274 號案刑事判決於 99 年 3 月 19 日宣判，其正本與原本均屬一致，並無兩歧，惟因就主文部分記載：「盧 00 依據法令從事公務之人員，對於違背職務之行為，收受賄賂，處有期徒刑捌年陸月，褫奪公權伍年。所得賄賂新臺幣參拾萬元應予追繳沒收，如全部或一部無法追繳時，應以其財產抵償之。」因其與事實及理由不一致，其後該院同月 26 日裁定更正為「原判決原本及其正本主文欄第一行關於『對於違背職務之行為』之記載，均更正為『對於職務上之行為』。」其裁定理由為「一、按刑事判決正本送達後，發現原本錯誤，顯係文字之誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤，且不影響於全案情節與判決本旨者，參照司法院大法官會議釋字第 43 號解釋意旨，原審法院自得以裁定更正之。二、本件原判決事實、理由及論罪法條欄均已說明被告係犯貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之對於職務上之行為收受賄賂罪，惟於主文欄第一行誤載為『對於違背職務之行為』，因此部分係屬類似誤寫、誤算之顯然錯誤，且不影響於全案情節與判決本旨，依前開說明，原判決原本及其正本主文欄第一行關於『對於違背職務之行為』之記載，均應更正為『對於職務上之行為』。」高院於 99 年 7 月 29 日以 99 年上訴字第 712 號判決無理由駁回上訴並對裁定更正部分表示：「至於原判決主文雖記載『...，對於違背職務之行為』，而與其事實及理由不符，惟業經裁定更正為『...，對於職務上之行為』，本院

審酌原判決之事實及理由所論述之內容均為被告係對於職務上行為收受賄賂，論罪法條亦為貪污治罪條例第5條第1項第3款之罪，所判處之刑度之在該罪名之法定刑內(違背職務之法定刑為10年以上有期徒刑)，顯見前開『對於違背職務之行為』，顯係『對於職務上之行為』之誤載，自得裁定更正，尚無予以撤銷改判之必要。」最高法院其後於100年6月16日以100年度台上字第3296號判決不合法駁回上訴確定，其理由為「原判決理由欄內已敘明第一審判決主文雖諭知上訴人犯違背職務受賄罪，惟其事實、理由及論罪法條均係犯貪污治罪條例第五條第一項第三款之不違背職務受賄罪，所處之刑亦在該條法定刑內，顯見上開主文內「對於違背職務之行為」，應係「對於職務上之行為」之誤載，自得裁定更正等語(見原判決理由二、(三))，既係顯然錯誤，第一審法院並已裁定更正之，於法尚無不合。原判決並已說明上訴人對於職務上行為受賄，陳○○係行賄者，並非被害人，上訴人所收之賄賂，雖已退還陳○○，仍應予追繳沒收，不得發還之，亦無不合，自無上訴意旨(十一)所指之違誤；貪污治罪條例第五條第三款對於職務上行為受賄罪，自上訴人行為時(九十一年十月十五日)迄未修正。原判決理由欄論罪科刑謂上訴人係犯修正前貪污治罪條例第五條第一項第三款之對於職務上行為受賄賂罪(見原判決第十五頁倒數第五行)，顯係贅文，雖不無瑕疵，然不影響判決之本旨，上訴意旨(九)就原判決本旨不生影響及已說明事項，任意指摘為違法，核非法律規定得為第三審上訴之理由。」等語。前揭歷審判決均業對裁定更正之合法性表示意見，尚無理由不備情形。

六、又比對原一審判決事實、理由與論罪科刑等略述相關

連部分如下：

(一)事實部分

盧○○自民國79年間起，當選台灣省高雄農田水利會(下稱高雄農田水利會)第8屆水利會會長，迄今已連任5屆會長，其間於91年5月及95年5月間分別當選會員直選第1屆、第2屆水利會會長(目前為會員直選第2屆水利會會長)，負責綜理水利會之業務，為依據水利法及農田水利會組織通則相關法令從事於公務之人員。

(二)理由部分：

- 1、被告於91年間係高雄農田水利會會長，為依據水利法及農田水利會組織通則相關法令從事於公務之人員，負責綜理水利會業務，**有關水利會職員商調事務，屬被告職務上之行為等情**，迭據被告盧○○供承在卷，復有行政院農業委員會98年12月24日農水字第0980179863號函1紙(本院卷(一)第177頁)在卷可憑，此部分事實應堪認定。
- 2、又陳○○如何於91年10月14日及15日分別向廖○○調借30萬元、向曾○○調借2萬元，…，**是被告就其所承辦之職務**，向陳○○收受30萬元之事實，已甚明確。
- 3、綜上所述，被告上開所辯，均係臨訟卸責之詞，無足採信，本件事證明確，**被告對於職務上之行為，收受賄賂之犯行**，堪以認定。

(三)論罪科刑：

- 1、查被告行為時為高雄農田水利會會員直選第1屆會長，負責綜理水利會業務，其中關於高雄農田水利會職員商調事項，屬高雄農田水利會自治事項，為水利會會長職務上之行為，是被

告於行為時係依法令從事公務之人員，其於擔任高雄農田水利會會長之執行職務期間，明知陳○○交付30萬元，係為請託被告履踐商調陳○○至高雄農田水利會服務之職務上行為，仍未加拒絕予以收受之所為，係犯修正後貪污治罪條例第5條第1項第3款之對於職務上之行為收受賄賂罪。

2、據上論斷，應依刑事訴訟法第299條第1項前段，修正前貪污治罪條例第2條前段、**修正後貪污治罪條例第5條第1項第3款**、10條第1項、第2項、第17條，刑法第2條第1項前段、第11條、修正前刑法第37條第2項，判決如主文。

前揭從事實、理由與論罪科刑而論，原第一審認定被告罪名確為貪污治罪條例第5條第1項第3款「對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益者。」與主文確有不一致之情形，且顯然主文部分確係「誤載」，司法院對於判決嚴謹性自應督促所屬確實檢討改進。

七、惟就本案而言，陳訴人並未被剝奪審級利益，第一審在發見錯誤後，同月立即更正，縱以上訴撤銷，不過由二審依據刑事訴訟法第369條規定，將第一審判決撤銷自為判決而已，其更正具體妥當性之判斷應就訴訟整體之利益與是否對被告生不當之損害加以判斷，此即大法官所稱，不影響於全案情節與判決本旨之真意。然詳查第一審判決意旨無論從事實、理由、論罪科刑與刑度範圍均在貪污治罪條例第5條第1項第3款之構成要件與效力範圍內，其更正裁定對被告而言並無侵害其訴訟利益與不當損害實體權利，自合乎更正之目的性，從而歷審判決維持更正裁定合法性，於法尚無



不當。

- 八、又陳訴人指摘，「最高法院對得以裁定更正主文最主要要件即是否『不影響全案情節與判決本旨』竟毫無任何論述。而最高法院判決裡由欄第 6 頁，甚至錯引用二審判決之理由欄記載，而將原判決理由欄乙、四、(三)誤為『見原判決理由二、(三)』，可見法院刑事判決書撰寫之草率，而難謂無廢弛職務之失職情事」云云，經查，最高法院確實將第二審判決理由標號順序引用錯誤，不無違誤，司法院自應督促所屬檢討改進。
- 九、另有關本案其他事實與理由部分，經查本案偵審全卷，就系爭資金 30 萬元往來部分，原審業已查明並為被告所自承，渠否認部分僅是否為收受賄賂或政治獻金之「對價性」問題，均經歷審依據證據詳述理由，尚無悖離經驗法則與論理法則之違誤，並無不當，附予敘明。
- 十、綜上，陳訴人所指違失，經查第一審判決意旨無論從事實、理由、論罪科刑與刑度範圍均在貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之構成要件與效力範圍內，其更正裁定對被告而言並無侵害其訴訟利益與不當損害實體權利，合乎更正之目的性，從而歷審判決維持更正裁定之合法性，於法尚無不當；另最高法院確將第二審判決理由標號順序引用錯誤，不無違誤，惟尚非非常上訴審所應審酌對象，併予指明。

調查委員：錢林慧君