

調 查 報 告 (公布版)

壹、案由：據訴，為臺灣高等法院高雄分院審理100年度重選上更(三)字第1號渠被訴違反貪污治罪條例案件，適用法則不當且判決理由不備，涉有審判違背法令之違失等情案。

貳、調查意見：

本案緣於高雄市政府環境保護局(下稱高雄市環保局)三民東區清潔隊員於民國(下同)96年12月2日參加選舉造勢大會，據以申請加班或延長工時，臺灣高雄地方檢察署(下稱高雄地檢署)檢察官以清潔隊員虛報加班費起訴¹高雄市環保局局長蕭○正(陳訴人)、視察施○寬、清潔隊隊長王○權、清潔隊分隊長陳○姘4人，以及清潔隊班長林王○珠及隊員林王○芬等12人。臺灣高雄地方法院(下稱高雄地方法院)97年度訴字第774號判決蕭○正等人均無罪，檢察官不服上訴二審；臺灣高等法院高雄分院(下稱高雄高分院)97年度選上訴字第27號判決蕭○正、施○寬、王○權、陳○姘共同依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員，利用職務上之機會，詐取財物未遂，蕭○正處有期徒刑2年，褫奪公權1年；施○寬、王○權各處有期徒刑1年10月，均褫奪公權1年；陳○姘處有期徒刑1年9月，緩刑3年，褫奪公權1年。蕭○正等人提起上訴三審，98年11月12日最高法院98年度台上字第6603號判決，原判決關於蕭○正、施○寬、王○權、陳○姘利用職務上之機會詐取財物部分撤銷，發回高雄高分院；99年1月22日更一審高雄高分院以98年度選上更(一)字第10號判決，

¹ 高雄地檢署檢察官96年度選偵字第75號、96年度選偵字第76號、97年度選偵字第71號起訴書。

上訴駁回，維持一審無罪判決。檢察官就上開判決再提起上訴，99年5月28日最高法院99年度台上字第3336號判決，原判決撤銷，發回高雄高分院；99年9月28日更二審高雄高分院以99年度選上更(二)字第3號判決，原判決關於蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴被訴利用職務上之機會詐取財物未遂判決無罪部分（即虛報加班費未遂部分），均撤銷。蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴被訴上開撤銷部分均無罪。檢察官就上開判決再提起上訴，100年11月24日最高法院100年度台上字第6541號判決，原判決撤銷，發回高雄高分院；101年4月27日更三審高雄高分院以100年度選上更(三)字第1號判決，原判決關於蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴被訴利用職務機會詐取財物未遂（即虛報加班費未遂部分）無罪部分，均撤銷。蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴共同犯利用職務機會詐取財物未遂罪，蕭○正處有期徒刑2年，褫奪公權1年；施○寬、王○權各處有期徒刑1年10月，均褫奪公權1年；陳○奴處有期徒刑1年9月，緩刑3年，褫奪公權1年。蕭○正等人就上開判決提起上訴，經102年6月20日最高法院102年度台上字第2479號判決，上訴不合法駁回確定。

本案經調閱高雄地檢署、高雄地方法院、高雄高分院等機關卷證資料，於111年11月30日諮詢學者，並研析最高法院刑事庭決議與國際公約及憲法法庭資料，業調查竣事，調查意見如下：

- 一、高雄市環保局三民東區清潔隊員參加選舉造勢大會，申請加班或延長工時案，於無罪、有罪判決間徘徊，原確定判決以貪污治罪條例第5條第1項第2款利用職

務機會詐取財物罪²、貪污治罪條例第3條規定³、刑法第31條第1項規定⁴，判決陳訴人蕭○正等4人有罪確定⁵，固非無由。然本案歷審判決就是否該當貪污治罪條例不法構成要件均有不同之認定，亦有證言前後不符之情形，則原確定判決是否濫用自由心證、違反無罪推定原則，自有疑問。經查，最高法院第2次發回與第3次發回有4名法官重複⁶，最高法院99年度台上字第3336號判決（即最高法院第2次發回更審判決）指摘更一審判決有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，要求二審接續檢察官舉證責任，依職權調查被告不利證據，其後99年9月28日更二審即高雄高分院99年度選上更(二)字第3號判決，遵循最高法院上開判決理由，調查被告不利證據，但認為被告允其虛報加班費所涉公務員職務上詐欺財物之犯行，尚未達於著手之程度判決無罪。最高法院第3次發回（即100年11月24日100年度台上字第6541號判決）續以被告指示清潔隊員為詐領加班費，既已向服務單位打卡，登錄不實之加班紀錄，並由清潔隊班長核算加班總時

² 貪污治罪條例第5條規定：「(第1項)有下列行為之一者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣6千萬元以下罰金：一、意圖得利，擅提或截留公款或違背法令招募稅捐或公債者。二、利用職務上之機會，以詐術使人將本人之物或第三人之物交付者。三、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。(第2項)前項第1款及第2款之未遂犯罰之。」

³ 貪污治罪條例第2條規定：「公務員犯本條例之罪者，依本條例處斷。」同條例第3條規定：「與前條人員共犯本條例之罪者，亦依本條例處斷。」

⁴ 刑法第31條規定：「(第1項)因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。(第2項)因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者，其無特定關係之人，科以通常之刑。」

⁵ 高雄高分院100年度選上更(三)字第1號確定刑事判決，以貪污治罪條例第5條第1項第2款規定利用職務機會詐取財物罪、貪污治罪條例第3條規定、刑法第31條第1項規定，判決高雄市環保局局長蕭○正、清潔隊隊長施○寬、王○權及分隊長陳○奴有罪。蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴共同犯利用職務機會詐取財物未遂罪，蕭○正處有期徒刑2年，褫奪公權1年；施○寬、王○權各處有期徒刑1年10月，均褫奪公權1年；陳○奴處有期徒刑1年9月，緩刑3年，褫奪公權1年。

⁶ 本案99年5月28日最高法院99年度台上字第3336號判決由該院刑事第9庭審判長法官邵○玲、法官李○道、孫○同、李○勇、施○堯審理；100年11月24日100年度台上字第6541號判決由該院刑事第5庭審判長法官邵○玲、法官李○道、孫○同、李○勇、李○興審理；102年6月20日最高法院102年度台上字第2479號刑事判決由該院刑事第12庭審判長法官李○道、法官蘇○堂、林○華、蔡○在、許○楓審理，第2次發回更審與第3次發回更審重複之4名法官分別為邵○玲、李○道、孫○同、李○勇；上開3件計有法官李○道重複。

數後送至其等所屬分隊等情，有調查未盡之違誤，將原判決撤銷，發回高雄高分院；高雄高分院更三審遵循最高法院第3次發回見解，調查對被告不利證據，認定被告蕭○正等對被害機關即高雄市環保局著手於施用詐術之行為，後被告上訴，最高法院以102年度台上字第2479號判決駁回上訴確定。最高法院第2次發回以後之判決，違反無罪推定原則，均要求事實審接續檢察官調查責任，調查被告等不利證據，業違反刑事訴訟法第163條規定。最高法院100年度第4次刑事庭會議決議、最高法院101年度第2次刑事庭會議決議，法院依職權調查之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即背離公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）第14條規定公平法院原則。前揭所列最高法院判決暨事實審原確定判決（即高雄高分院100年度選上更（三）字第1號判決）自有刑事訴訟法第378條判決不適用法則或適用不當者之重大違誤。

- （一）公政公約第14條公平審判原則，係確保對被告適用無罪推定原則，法官判決時不得受個人成見或偏見之影響，對其審判案件預存定見，而損及刑事被告訴訟權利。依據刑事訴訟法第163條規定，法官於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，始負有職權調查義務。最高法院刑事庭會議決議認為，刑事訴訟法第163條第2項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，應以利益被告之事項為限，始符合公政公約第14條規定。
- 1、公政公約保障公平審判原則，並確保對被告適用無罪推定原則，法官判決時不得受個人成見或偏見之影響，對其審判案件預存定見，而損及刑事被告訴訟權利。

- (1) 按公政公約第14條規定：「一、人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。法院得因民主社會之風化、公共秩序或國家安全關係，或於保護當事人私生活有此必要時，或因情形特殊公開審判勢必影響司法而在其認為絕對必要之限度內，禁止新聞界及公眾旁聽審判程序之全部或一部；但除保護少年有此必要，或事關婚姻爭執或子女監護問題外，刑事民事之判決應一律公開宣示。二、受刑事控告之人，未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。三、審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障……。」
- (2) 公政公約第32號一般性意見（第90屆會議）第8點：「在法院及法庭前一律平等的權利，除保障第14條第1項第2句所述的原則，還保障平等機會及武器平等原則，並保證相關訴訟當事人不受任何歧視。」同意見第13點：「在法院及法庭前一律平等的權利還確保訴訟當事人的武器平等。意謂除根據法律作出且在客觀合理基礎上有理由的區分外，所有各方都應享有同樣的程序性權利，但這種區分不得使被告處於不利地或對其造成不公，……。」同意見第21點：「公正性的要求涉及兩方面。第一，法官判決時不得受其個人成見或偏見之影響，不可對其審判案件預存定見，也不得為當事一方增加不當的利益而損及另一當事方。第二，法院在合理觀察者審視下來看也必須是公正的。例如，根據國內法規，由本應被取消資格的法

官參加審理，而使審判深受影響者，通常不能被視為是公正審判。」同意見第30點：「根據第14條第2項，凡受刑事控告之人，未經依法確定有罪之前，應假定其無罪。無罪推定是保護人權的基本要素，要求檢方提供控訴的證據，保證在排除所有合理懷疑確定有罪之前，應被視為無罪，確保對被告適用無罪推定原則，並要求根據此原則對待受刑事罪行指控者。所有政府機關均有責任不對審判結果作出預斷，……。」

2、91年2月8日修正刑事訴訟法第163條規定，基於改良式當事人進行主義，法官基於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，始負有職權調查義務。依最高法院91年度第4次刑事庭會議決議第10點，檢察官有完全舉證責任；100年5月10日最高法院100年度第4次刑事庭會議決議第7點，其中「法院得依職權調查證據」係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），主動依職權調查之謂；101年1月17日最高法院101年度第2次刑事庭會議決議稱，基於公平法院原則，法院自無接續檢察官應盡之責任而依職權調查證據之義務。則刑事訴訟法第163條第2項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限。從而，刑事訴訟法第163條規定，法官依職權調查證據之義務，應以利益被告為限，始符合公政公約第14條規定。

(1) 查91年2月8日修正刑事訴訟法第163條規定：

「（第1項）當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。（第2項）法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。（第3項）法院為前項調查證據前，應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會。」其立法理由係以：「一、凡與公平正義之維護或被告利益有重大關係事項，法院仍應依職權調查之。至於如何衡量及其具體範圍則委諸司法實務運作及判例累積形成。爰將本條原第1項，法院因發見真實之必要，『應』修正為『得』，移列為第2項，並增列但書規定。二、又為充分保障當事人、代理人、辯護人或輔佐人於調查證據時之詢問證人、鑑定人或被告之權利，爰於原條文第1項增列後段文字。三、在強化當事人進行色彩後之刑事訴訟架構中，法院依職權調查證據僅具補充性、輔佐性，因此在例外地依職權進行調查證據之情況下，為確保超然、中立之立場，法院於調查證據前，應先給予當事人陳述意見之機會。增列第3項。」

- (2) 91年4月30日最高法院91年度第4次刑事庭會議決議第10點稱：「法院於依職權調查證據前，經依本法第163條第3項之規定，踐行令當事人陳述意見之結果，倘遇檢察官、自訴人對有利或不利於被告之證據，表示不予調查，或被告對其有利之證據，陳述放棄調查，而法院竟不予調查，逕行判決者，如其係法院『應』依職

權調查之證據，而有補充介入調查之義務時，此項義務，並不因檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人陳述不予調查之意見，而得豁免不予調查之違誤。惟於法院『得』依職權調查證據之情形，法院既得參酌個案，而有決定是否補充介入調查之裁量空間，自不得徒以法院參照檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人之查證意見後，不予調查，遽指即有應調查而不予調查之違法。」

- (3) 100年5月10日最高法院100年度第4次刑事庭會議決議第7點稱：「檢察官未盡舉證責任，除本法第163條第2項但書規定，為維護公平正義之重大事項，法院應依職權調查證據外，法院無庸依同條項前段規定，裁量主動依職權調查證據。是該項前段所稱『法院得依職權調查證據』，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。」
- (4) 101年1月17日最高法院101年度第2次刑事庭會議決議：「無罪推定係世界人權宣言及公民與政治權利國際公約宣示具有普世價值，並經司法院解釋為憲法所保障之基本人權。民國91年修正公布之刑事訴訟法第163條第2項但書，法院於『公平正義之維護』應依職權調查證據之規定，當與第161條關於檢察官負實質舉證責任之規定，及嗣後修正之第154條第1項，暨新制定之公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法、刑事妥速審判法第

6、8、9條所揭示無罪推定之整體法律秩序理念相配合。盱衡實務運作及上開公約施行法第8條明示各級政府機關應於2年內依公約內容檢討、改進相關法令，再參酌刑事訴訟法第163條之立法理由已載明：如何衡量公平正義之維護及其具體範圍則委諸司法實務運作和判例累積形成，暨刑事妥速審判法為刑事訴訟法之特別法，證明被告有罪既屬檢察官應負之責任，基於公平法院原則，法院自無接續檢察官應盡之責任而依職權調查證據之義務。則刑事訴訟法第163條第2項但書所指法院應依職權調查之『公平正義之維護』事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相牴觸，無異回復糾問制度，而悖離整體法律秩序理念。（採乙說）」

- 3、基上所述，刑事訴訟法第163條第2項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，應指對被告利益而攸關公平正義之事項，受刑事控告者，在未經依法公開審判證實有罪前，應被推定為無罪，此為被告於刑事訴訟上應有之基本權利，聯合國大會於西元1948年12月10日通過之世界人權宣言，即於第11條第1項也明白宣示，其後於西元1966年12月16日通過之公政公約第14條第2款規定：「受刑事控告之人，未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。」均揭櫫此項人權保障之原則，刑事訴訟法於92年2月6日修正時，即於第154條第1項明定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」98年4月22日制定公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國

際公約施行法，將兩公約所揭示人權保障之規定，明定具有國內法律之效力，更強化無罪推定在我國刑事訴訟上之地位，又司法院大法官在許多解釋中，闡明無罪推定乃屬憲法原則，已超越法律之上，係屬刑事訴訟之公務員同該遵守之理念。依此原則，證明被告有罪之責任，應由控訴之一方承擔，被告不負證明自己無罪之義務。從而，檢察官向法院提出對被告追究刑事責任之控訴和主張後，為證明被告有罪，以推翻無罪之推定，應負實質舉證責任即屬其無可迴避之義務。因此，刑事訴訟法第161條第1項規定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」故檢察官除應盡提出證據之形式舉證責任外，尚應指出其證明之方法，用以說服法院，使法官確信被告犯罪事實之存在。倘檢察官所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無法說服法院以形成被告有罪之心證者，為貫徹無罪推定原則，即應為被告無罪之判決。法官基於公平法院之原則，僅立於客觀、公正、超然之地位而為審判，不負擔推翻被告無罪推定之責任，自無接續依職權調查證據之義務。故檢察官如未盡舉證責任，雖刑事訴訟法第163條第2項規定：「法院為發現真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」然所稱「法院得依職權調查證據」，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認事實未臻明白，而有釐清之必要，且有調查之可能時，得斟酌具體個案之情形，依職權為補充性之證據調查而言，在當事人進行主義色彩之刑事訴訟架構下，關於證

據之提出及說服之責任，始終仍應由檢察官負擔；至但書中「公平正義之維護」雖與「對被告之利益有重大關係事項」併列，或有依體系解釋方法誤解「公平正義之維護」僅指對被告不利益之事項，然刑事訴訟規範之目的，除在實現國家刑罰權以維護社會秩序外，尚有貫徹法定程序以保障被告基本權利之機能，此乃公平法院為維護公平正義之審判原則，就「公平正義之維護」之解釋，本即含括不利益及利益被告之事項。且但書為原則之例外，適用上必須嚴格界定，依證據裁判及無罪推定原則，檢察官之舉證責任不因該項但書規定而得以減免，所指公平正義之維護，既未明文排除利益被告之事項，基於法規範目的，仍應以有利被告之立場加以考量，否則，於檢察官未盡實質舉證責任時，竟要求法院接續依職權調查不利被告之證據，豈非形同糾問，自與修法之目的有違。基此，為避免牴觸無罪推定之憲法原則及違反檢察官實質舉證責任之規定，「公平正義之維護」依目的性限縮之解釋方法，自當以利益被告之事項為限。至刑事訴訟法第2條第1項對於被告有利及不利之情形，應一律注意，僅屬訓示規定，就證據層面而言，乃提示法院於證據取捨判斷時應注意之作用，於舉證責任之歸屬不生影響。檢察官如未於起訴時或審判中提出不利於被告之證據，以證明其起訴事實存在，或未指出調查之途徑，與待證事實之關聯及證據之證明力等事項，自不得以法院違背刑事訴訟法第163條第2項之規定，未依職權調查證據，有應於審判期日調查之證據未予調查之違法，執為提起第三審上訴之理由。

(二) 本案99年5月28日最高法院第2次發回更審以後，第2次發回更審與第3次發回更審重複之4名法官分別為邵燕○玲、李○道、孫○同、李○勇；依據最高法院114年9月5日台文字第1140006371號函查復本院，最高法院99年度台上字第3336號判決主辦法官為孫○同；100年度台上字第6541號判決及102年度台上字第2479號判決主辦法官為李○道。

- 1、按最高法院第二次發回更審以後之民刑事上訴案件分案實施要點⁷第2點規定：「更二以後之案件，按民、刑事科製作之一般分案送案清單所列原主辦股法官，循一般分案程序，分由該法官辦理；並依最高法院民刑事案件編號計數分案報結要點第10點規定，辦理提前分案。」同要點第3點規定：「前點案件之相關案件，一併分由該原主辦股法官辦理。」同要點第4點規定：「更二以後之案件分案後，如有續併文狀，循一般分案程序，送分案庭長或法官，併送該原主辦股法官。」
- 2、查本案99年5月28日最高法院99年度台上字第3336號判決由該院刑事第9庭審判長法官邵○玲、法官李○道、孫○同、李○勇、施○堯審理；100年11月24日100年度台上字第6541號判決由該院刑事第5庭審判長法官邵○玲、法官李○道、孫○同、李○勇、李○興審理；102年6月20日102年度台上字第2479號判決由該院刑事第12庭審判

⁷ 查76年司法院及其所屬院、會首長會議決議結論，認為就第2次以上發回更審之民、刑事上訴案件，分由最後發回之原承辦法官辦理，無損於當事人之審級利益，司法院以76年3月13日院台廳二字第2453號函由最高法院先行試辦。最高法院於76年3月18日召開76年度第3次民、刑事庭庭長會議，就第2次以上發回更審之民、刑事上訴案件分由最後發回之原承辦法官辦理一案討論有關各項程序，並決定自76年3月16日起試辦，最高法院即以76年3月23日台文字第203號函復司法院備查；復於76年9月22日召開76年度第6次民、刑事庭庭長會議通過當日核定之《最高法院更二以後之民、刑事上訴案件分案暫行辦法》，嗣於78年2月22日修正更名為《最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點》，此後迭於80、98、101、102、108年多次修正該分案實施要點，並施行迄今。

長法官李○道、法官蘇○堂、林○華、蔡○在、許○楓審理，最高法院第2次發回更審與第3次發回更審重複之4名法官分別為法官邵○玲、李○道、孫○同、李○勇；上開3件計有法官李○道重複。最高法院114年9月5日台文字第1140006371號函查復本院，最高法院99年度台上字第3336號判決主辦法官為孫○同；100年度台上字第6541號及102年度台上字第2479號判決主辦法官為李○道。

(三)最高法院99年度台上字第3336號判決（即最高法院第2次發回更審判決）指摘高雄高分院更一審判決⁸有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，要求二審接續檢察官舉證責任，依職權調查被告不利證據，其後99年9月28日更二審即高雄高分院99年度選上更(二)字第3號判決固然遵循最高法院上開判決理由，調查被告不利證據，但認為被告允其虛報加班費所涉公務員職務上詐欺財物之犯行，尚未達於著手之程度，而判決蕭○正等利用職務上之機會詐取財物未遂，判決無罪。

1、最高法院第2次發回更審判決理由認為施○寬、王○權於調查及偵查中坦承甚詳，第二審可以調查對其不利的證據，相互補強利用，更二審遂遵循最高法院見解調查不利證據，認為有允其隊員利用職務上之機會詐取財物之行為。

(1) 本件清潔隊員參加李○澤競選總部成立大會造勢活動，可於日後依參加時數報領1至4小時不

⁸ 客觀上為法院認定事實及適用法律基礎之證據，雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。……原判決以施○寬、王○權於97年1月7日，在法務部調查局高雄市調查處及檢察官偵查中，雖曾供述本件係依蕭○正指示，清潔隊員參加李○澤競選總部成立大會可報加班費各語，然其等於羈押禁見後，已改稱其等之前所供不實，……，又查無其他積極證據可為補強，乃認不能證明被告等有被訴之犯行。

等之加班費，係王○權於96年11月24日同仁聚餐後，以電話詢問施○寬，經施○寬向蕭○正請示獲得許可各情，業據施○寬、王○權於偵查中坦承甚詳，二人所供情節大致相符；雖未有相關之通話監聽內容可佐，但得否與後述三民東區清潔隊員於上開競選造勢活動後，原已申報加班費，又於本件案發後，刪除相關之加班紀錄等證據資料，相互補強利用，而使被告等被訴之犯罪事實獲得確信，則仍待詳為調查、仔細論斷。

(2) 更二審理由略以：

〈1〉證人施○寬、王○權、陳○奴之證述甚為明確，彼等3人證述情節相互吻合；而被告蕭○正為高雄市環保局局長，且被告施○寬於97年1月7日另供稱：「我於96年10月間調至局長辦公室之視察，局長蕭○正於某日在辦公室向我口頭指示，高雄市環保局全體員工應全力協助李○澤競選，並指示我來協調此事，因為我是屬下須配合局長指示，故我有打電話給三民東區清潔隊長王○權，希望他能在隊員自由意志下，動員參加96年12月2日李○澤競選總部成立大會，目的要為造勢晚會衝人氣；因為我是局長蕭○正之行政執行秘書，所以上開李○澤總部成立大會，蕭○正只有找我代為轉達命令」等情（見偵3卷第9頁）。

〈2〉準此，被告施○寬既為被告蕭○正之局長辦公室視察，為局長蕭○正之行政執行秘書，被告施○寬又受被告蕭○正之指示，動員參加96年12月2日的李○澤競選總部成立大會，

施○寬乃要求當時擔任三民東區清潔隊隊長之王○權動員隊員參加，則被告王○權於隊員反映參加該李○澤成立大會，可否報加班費時，被告王○權循級向被告施○寬請示，被告施○寬再向上級即被告蕭○正請示，被告施○寬於取得被告蕭○正同意可報加班費後，再告知被告王○權，被告王○權乃轉知告三民東區隊部分隊長陳○姩及班長等人，要讓被動員參加李○澤競選總部成立造勢大會的所有分隊長、班長、查報員、業務員及一般基層隊員於事後可以申請數個小時的加班費等過程，符合行政上循級請示之程序，亦符常情。雖然本案僅有施○寬證稱被告蕭○正有上開指示，但查同意參與李○澤成立大會的隊員虛報加班費，本即不法行為，除非相關人員，不可能大肆張揚，且局長係首長，基層隊員及分隊長、隊長等亦不方便越級請示。而探求案情真相，本應綜合所有卷證資料，依經驗法則、論理法則而為合理之判斷，不宜將證據切割觀察，以致未能窺其全貌而失去真實。被告蕭○正、施○寬、王○權、陳○姩間，既有上下屬關係，被告施○寬甚且為被告蕭○正之行政執行秘書，可謂為其心腹，苟非真有其事，上開證人自無捏造事實加以誣陷上司之理；況且，違法申報加班費，因屬不法，供出上級，並不能解免本身刑責，更無庸無端牽累上級。又觀之渠等上開證述內容，並未無中生有，故意誇大其實。且佐以南掃路班所屬之黃○嬌、周黃○寶、林王○芬、李林○珠、黃○

娥、郭蔡○玉、郭○長等7人，於96年12月5日下午1至5時，陳張○英、張○鳳、李黃○香、吳○順等4人，於96年12月4日上午10至11時，均未工作，卻仍申請臨時加班或延長工時之事實，復參以三民東區清潔隊員於上開競選造勢活動後，因本件案發後，被告陳○奴即指示刪除相關之加班紀錄，而若上開隊員確有加班，何需刪除相關紀錄等各項情節，相互補強利用，更使被告施○寬、王○權上開供詞獲得確信。

- (3) 最高法院第2次發回更審判決理由二認為「何有如原判決引用陳○奴、林王○珠等所辯及劉○一之證詞，認於申報後，因工作性質較輕鬆，致認為不妥而予以除去申報之必要？實情如何」，有調查必要，更二審遵循最高法院見解調查被告不利證據，認定依被告陳○奴於96年12月28日檢察官之證述，其對於參加李○澤成立競選總部大會之員工可報領加班費一事顯然知情，陳○奴、林王○珠等所辯及劉○一之證詞不足採信。

- 〈1〉最高法院理由略以：「原判決依清潔隊員林王○芬等人之證詞，認王○權僅係提供其等加班之機會，仍須實際加班始可報領加班費，且三民東區於96年10至12月份，加班費並無異常增加，乃認被告等均無虛報加班費之不法犯意。然本件於97年1月初之偵查中，陳○奴要求承辦人葉○莉刪除勤務管制卡有關本件虛偽之加班紀錄，由葉○莉轉而要求黃○聰劃去該虛偽紀錄後，再使林王○珠在劃去之紀錄上蓋林王○珠之小職章，致清潔隊

員黃○嬌等人未領得上開虛報之加班費之情，經原判決認定無訛，足證確有清潔隊員因參加李○澤競選總部成立大會造勢活動，未實際加班即報領加班費；參酌周黃○寶等均於偵查中證稱，林王○珠向其等表示參加前揭李○澤競選總部成立大會造勢活動，可報領加班費各語，且陳○姩、林王○珠於偵查中證稱：『是王○權表示參加李○澤總部成立大會之人可以報領加班費』等語，及其等嗣後劃除虛報加班費之情，上揭周黃○寶等人，如非經林王○珠向其等轉達上級指示意旨，表示參加前揭李○澤競選總部成立大會造勢活動，無須實際加班即可報領加班費，焉會有如起訴書所載清潔隊員十餘人均同有因參加該選舉造勢活動而虛報加班費，並於事後認為不妥，予以去除報領之情事？而三民東區於96年10至12月份加班費並無異常增加，為原判決所認定，則上揭之人似無不許依實際加班以報領加班費之理，又何有如原判決引用陳○姩、林王○珠等所辯及劉○一（高雄市環保局專門委員）之證詞，認於申報後，因工作性質較輕鬆，致認為不妥而予以除去申報之必要？實情如何，即非無推求之餘地。原審就上揭事項，未遑詳加查究釐清，遽行判決，自嫌調查職責未盡及理由欠備。」

〈2〉更二審調查認定，被告陳○姩與林王○珠等人確實明知被告王○權上開虛報加班費之指示，並予執行。

《1》依檢察官於96年12月28日訊問陳○姩之證

述，陳○奴對於參加李○澤成立競選總部大會之員工可報領加班費一事顯然知情；且陳○奴於96年12月6日上午8時22分33秒曾撥打電話由林王○珠接聽時，有下列對話：「曾○華：三民區清潔隊你好。陳○奴：我陳分隊長，妳是誰？曾○華：我○華啦。陳○奴：……○珠班長在那裡嗎？曾○華：有，進來了，妳等一下……，叫她聽？陳○奴：叫她聽。林王○珠：喂？陳○奴：喂？班長？我問妳，妳都是打卡嗎？林王○珠：沒有我簽到的。陳○奴：噢，對對，妳都是簽到的……你和○○都是簽到的，是不是？林王○珠：哎……。陳○奴：我告訴妳，妳把妳簽到的影印1張好不好？林王○珠：好。陳○奴：影印1張，就是那個，嘿……黑白寫的那一張。林王○珠：分隊長，不過早上又有一個問題出來了啦，因為我們早上在……時候，我們禮拜天那個，昨天寫請示單有沒有，都蓋禮拜三，他們就在那邊唸，唸說沒有上班都打卡，所以我要向妳報備一下，要讓你知道。陳○奴：沒有上班都打卡？林王○珠：那就是我們補禮拜天的……。陳○奴：噢，……沒有關係，好……。林王○珠：好……」等語，此有卷內林王○珠與陳○奴於96年12月6日之監聽譯文在卷可憑（見高雄高分院卷2第151頁），此並為被告陳○奴所自承。觀諸被告陳○奴上開對話內容，顯然已同意林王○珠就隊員參加96年12月2日週日李○澤競選總部成

立大會，申報於同年月5日即週三之加班甚明。被告陳○奴雖以當日在外會勘環境吵雜，不明對話內容而虛應了事云云置辯，惟據上開通話譯文所示，當日係被告陳○奴撥打電話指名林王○珠接聽，並非突然接獲來電，縱其係在外會勘，自係已抽空得暇通話，應無受干擾之情，且渠並主動詢問林王○珠上班打卡方式，更係關心加班費申報之意，而林王○珠告以有隊員反映「沒有上班都打卡，所以我要向妳報備」、「那就是我們補禮拜天」，被告陳○奴亦回稱「沒有關係，好」等語，更可認渠等對談內容清楚，雙方均能掌握交談重點，實無不明究理虛應故事之可能，則被告既明知林王○珠已反映沒有上班都打卡之違法情形，並未為任何不許可之反對意思，竟答稱：「沒有關係，好」，堪認被告陳○奴確實明知上開被告王○權之虛報加班費之指示，並同意林王○珠據此申報，至為灼然，被告陳○奴上開辯詞，實係卸責之詞，不足為憑。

《2》再本案於96年12月25日、26日檢察官陸續搜索被告王○權之辦公室、被告施○寬、蕭○正之住處，有搜索、扣押筆錄可憑，此時風聲已外洩。而被告陳○奴確於97年1月初指示承辦人葉○莉刪除部分隊員之加班時數總和紀錄等情，已為渠所自承，並核與證人葉○莉於偵查中具結後證稱：「96年12月5日下午打卡紀錄不是我劃掉的，應是97年1月初陳○奴叫黃○聰劃掉

的，黃○聰拿給我，我拿給林王○珠蓋章；陳○奴寫了一張名單，有拿給我看，該名單叫黃○聰劃掉打卡紀錄大致相符」（見偵2卷第101頁），並有該劃掉加班時數之員工勤務管制卡影本可查（見外放證物卷5）；證人黃○聰於偵查中證稱：「我有把96年12月5日下午加班紀錄劃掉，是葉○莉於97年1月間叫我劃掉陳○奴手上那份名單中林王○珠96年12月5日打卡紀錄，不知原因」等情（見偵2卷第66頁）；證人林王○珠於偵查中亦證稱：「勤務管制卡上96年12月5日蓋上我小職章，是事發後葉○莉於97年1月3日對我說那天加班要刪掉，是葉○莉叫我蓋的」（見偵1卷第254頁、第258頁）。更益證被告陳○奴係知情，為避免涉及刑責而為更正之舉。

《3》被告陳○奴雖另辯稱，伊係本於職責核實審查加班費，因上開隊員工作輕鬆而為上開刪除加班費之舉動云云，惟若上開隊員確實加班工作，何得將之任意刪除，且觀諸被告王○權所提出之三民東區清潔隊96年6至12月加班費統計表所示（原審卷2第95頁），該隊於96年11、12月間之加班費並未異常增加，若隊員確實加班工作，更無需從嚴管制之理，況被告陳○奴於偵訊時已具結證稱：「我是後來才知道他們沒有去掃，我叫96年12月5日下午有報加班的一個一個來，我有問他們，我確定那天下午沒加班的，我把名單寫在一個本子裏，我主動把本子給葉○莉看，說這些人不可

以讓他們報96年12月5日下午的加班」等語明確（偵1卷第201頁），顯見被告陳○奴係因上開隊員並未實際工作，始予刪除其加班時數之核算甚明，足認此部分辯解，不惟與事理未合，亦係事後翻異卸責之詞，不足採信。

（4）更二審認為被告等4人為使黃○嬌等11名清潔隊員參與李○澤競選集會，而允其虛報加班費所涉公務員職務上詐欺財物之犯行，尚未達於著手之程度。

〈1〉按刑法第25條所謂已著手於犯罪行為之實行，係指對於構成犯罪要件之行為，已開始實行者而言，若於著手此項要件行為以前之準備行動，係屬預備行為，除法有處罰預備犯之明文，應依法處罰外，不能遽以未遂犯罪論擬，最高法院30年上字第684號判例著有明文；次按貪污治罪條例第5條第1項第2款利用職務上之機會詐取財物罪，就詐取財物之要件言，與刑法詐欺取財罪相同，必須行為人意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為要件（最高法院94年度台上字第5286號判決意旨參照），是以貪污治罪條例之利用職務機會詐取財物罪之著手，自應指對於「以詐術使人將本人或第三人之物交付」之構成犯罪要件之行為，已開始實行而言。

〈2〉查高雄市環保局三民東區清潔隊員工申請加班費之流程，係先由班長事先填寫加班請示單，註明日期、時間、加班事由、人員，送分隊長審核，再由隊長核章。隊長核章後，

加班人員依加班請示內容進行加班，班長指揮工作，並打卡上下班。待隔月先由班長初步核算加班時數，交由業務隊員葉○莉核對，並製作印領清冊交分隊長、隊長逐級審核、核准，再發文將印領清冊送交高雄市環保局第三科申請等情，業經證人葉○莉於原審證述明確（原審卷4第141至153頁），至高雄市環保局第三科於彙整各區隊加班總量及審查核對後，再送會計室核對預算科目，不得超過年度預算，再經專門委員代為批准決行，始送會計室核銷付款等情，亦有卷附高雄市環保局各區清潔隊加班費審核流程表在卷可查。是以班長填寫「職工臨時加班請示單」，僅在申請加班，並非請求發給加班費之意，仍需核准後實際加班始得請求加班費，而填寫加班請示單雖經核准，嗣因故未能加班，若未予申請加班費，更無不實之問題。至若有填寫加班請示單後，未實際加班仍於員工勤務管制卡虛載加班時數之情形，仍需待各區隊承辦業務人員於次月統計加班時數，據此製作印領清冊，輾轉發文送交局本部會計室辦理核銷付款時，始有請求機關交付加班費之意，而得謂係實行施用詐術使人交付財物之構成要件行為。亦即於虛報加班費之情形，填寫「職工臨時加班請示單」及登錄員工勤務管制卡加班時數之行為，因尚未達於向機關請求交付加班費之階段，僅為詐取財物之預備行為甚明。

- 〈3〉 本案三民東區清潔隊班長林王○珠，雖依被告等人之指示，為黃○嬌等11名清潔隊員申

請於上開時段加班，而填寫96年12月份職工臨時加班請示單，並於上開隊員勤務管制卡上登錄加班紀錄，惟經新任班長黃○聰於次月即97年1月初核算該班員工96年12月份加班總時數，登載於上開勤務管制卡下方，被告陳○姩因恐案發究責，囑由葉○莉指示黃○聰刪除部分時數後交予葉○莉核對，已如上述，且核諸卷內葉○莉製作之高雄市環保局三民（東）96年12月職工加班費印領清冊黃○嬌等隊員之申請加班時數，與渠等之員工勤務管制卡上經刪除後之加班時數大致相符，可知本案因被告陳○姩指示葉○莉刪除加班時數，依刪除後之紀錄核算上開隊員應領之加班費，並未為黃○嬌等清潔隊員申請虛報加班費，被告陳○姩並未進而實行著手於施用詐術詐取加班費之構成要件行為，可堪認定。亦即本案被告等之犯行僅達於核對加班費時數之階段，即因被告陳○姩之行為而終止，根本尚未達於向機關施用詐術請求交付加班費之著手階段至明。至檢察官雖以被告等因黃○嬌等人將勤務管制卡及職工臨時加班請示單送至加班費承辦人葉○莉處，即已著手於詐取財物之行為，惟葉○莉僅係區隊承辦人員，負責核算加班時數，製作印領清冊，並無審核或核發加班費之職權，自無從為施用詐術之對象，此部分主張為法院所不採。

〈4〉綜上，本案被告等4人為使黃○嬌等11名清潔隊員參與李○澤競選集會，而允其虛報加班費所涉公務員職務上詐欺財物之犯行，僅

於著手階段前之準備行動時，因被告陳○姩警覺而未著手，因貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務機會詐取財物罪，並無處罰預備犯之明文，自不能遽以未遂犯罪論擬。至被告等人上開所為，雖未構成貪污治罪條例之利用職務上機會詐取財物罪，惟渠等所為，亦屬同條例第6條第1項之對主管事務圖利之行為，惟因該條並未處罰未遂犯，亦屬不罰。從而，被告上開行為尚屬不罰。

(四)最高法院第3次發回(即100年11月24日100年度台上字第6541號判決)理由係以被告指示清潔隊員為詐領加班費，既已向服務單位打卡，登錄不實之加班紀錄，並由清潔隊班長核算加班總時數後送至其等所屬分隊，得否謂被告4人及黃○嬌等11名清潔隊員，尚未對被害機關著手於施用詐術之行為，有調查未盡之違誤；高雄高分院更三審遵循最高法院第3次發回見解，調查對被告之不利證據，認定被告蕭○正等所指示之周黃○寶等11名清潔隊員即加班費之請領人，為詐領加班費，既已向服務單位打卡，登錄不實之加班紀錄，並由清潔隊班長核算加班總時數後送至渠等所屬分隊，則被告蕭○正、施○寬、王○權、陳○姩及周黃○寶等11名清潔隊員，即已對被害機關即高雄市環保局著手於施用詐術之行為。

1、最高法院發回理由係以法院認定事實及適用法律基礎之證據，雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查之違法；被告4人所指示之黃○嬌等11名清潔隊員即加班費之請領人，為詐領加班費，既已向服務單位打卡，登錄不實

之加班紀錄，並由清潔隊班長核算加班總時數後送至其等所屬分隊，得否謂被告4人及黃○嬌等11名清潔隊員，尚未對被害機關著手於施用詐術之行為？即待釐清。乃原審未予詳查慎斷，遽行判決，自有調查職責未盡及判決理由欠備之違背法令。

- 2、客觀上為法院認定事實及適用法律基礎之證據，雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又判決雖載理由，但不能憑以斷定其所為論述之根據者，即屬理由不備。再已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯，刑法第25條第1項定有明文。所謂著手係指犯罪行為人對於犯罪構成要件之事實開始實行而言。貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務上之機會詐取財物罪，就詐取財物之要件而言，與刑法第339條第1項之詐欺取財罪相同，均以行為人向行詐之對象施用詐術為實行之著手。原判決不採信被告4人否認指示參加96年12月2日李○澤競選總部成立大會之清潔隊員，可以虛報加班費之辯解，而認定蕭○正確有指示施○寬：「凡參加上揭李○澤競選總部成立大會之員工，均可申報加班費」云云，嗣由施○寬轉告王○權，並由王○權向隊員宣布；陳○奴與林王○珠確實明知王○權上開虛報加班費之指示，並予執行；本案黃○嬌等11名清潔隊員並未各如渠臨時加班請示單所示之96年12月5日下午1至5時，及同年12月4日上午10至11時加班工作，而於上開隊員之勤務管制卡上打卡即登載虛偽之加班紀錄後，由新任班長黃○聰於97年1月初核算上揭黃○嬌等11名清

潔隊員96年12月份加班總時數，登載於上開勤務管制卡下方，送予陳○奴審核，因檢察官於96年12月25日、26日陸續搜索王○權之辦公室及施○寬、蕭○正之住處，風聲已外洩，陳○奴為恐案發，遂囑由承辦人員葉○莉指示黃○聰刪除上開虛報之加班時數，並由林王○珠於勤務管制卡蓋章之事實；惟又以「班長填寫職工臨時加班請示單，僅在申請加班，並非請求發給加班費之意，仍需核准後實際加班始得請求加班費，而填寫加班請示單雖經核准，嗣因故未能加班，若未予申請加班費，更無不實之問題。至若有填寫加班請示單後，未實際加班仍於員工勤務管制卡虛載加班時數之情形，仍需待各區隊承辦業務人員於次月統計加班時數，據此製作印領冊，輾轉發文送交局本部會計室辦理核銷付款時，始有請求機關交付加班費之意，而得謂係實行施用詐術使人交付財物之構成要件行為。亦即於虛報加班費之情形，填寫職工臨時加班請示單及登錄員工勤務管制卡加班時數之行為，因尚未達於向機關請求交付加班費之階段，僅為詐取財物之預備行為甚明」等由，認被告4人上揭行為，僅止於著手階段前之準備行動，因貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務機會詐取財物罪，並無處罰預備犯之明文，自不能遽以未遂犯罪論擬，而為被告4人有利之論斷。

- 3、然查，依原判決所援引證人葉○莉於第一審所證述，及卷附由陳○奴、王○權分別提出之高雄市環保局各區清潔隊加班費申請流程表所載（見第一審卷第1宗第184頁、第2宗第71頁），高雄市環保局轄下各區清潔隊員工申請加班費之流程，

係先由所屬班長事先填寫加班請示單，註明日期、時間、加班事由、人員，送分隊長審核，再由隊長核章。隊長核章後，加班人員依加班請示內容進行加班，班長指揮工作，並打卡上下班。待隔月加班費請領時，先由班長初步核算加班時數，交由業務隊員核對，並製作印領清冊交分隊長、隊長逐級審核、核准，再發文將印領清冊送交高雄市環保局第三科辦理，高雄市環保局第三科於彙整各區隊加班總量及審查核對後，再送會計室核對預算科目，不得超過年度預算，再經專門委員代為批准決行，始送會計室核銷付款等情，如果無訛，本件黃○嬌等11名清潔隊員係加班費請領之行為人，而高雄市環保局係其等請領加班費之對象，班長林王○珠，既已依被告4人之指示，為黃○嬌等11名清潔隊員申請於上開時段加班，填寫96年12月份職工臨時加班請示，黃○嬌等11名清潔隊員並持勤務管制卡打卡，登錄虛偽之加班紀錄，及由新任班長黃○聰依上揭加班費申請流程表所定程序，於次月即97年1月初核算其等96年12月份加班總時數，登載於上開勤務管制卡下方，然後送至分隊加班費承辦人員葉○莉處。則被告4人所指示之黃○嬌等11名清潔隊員即加班費之請領人，為詐領加班費，既已向服務單位打卡，登錄不實之加班紀錄，並由清潔隊班長核算加班總時數後送至其等所屬分隊，得否謂被告4人及黃○嬌等11名清潔隊員，尚未對被害機關著手於施用詐術之行為？即待釐清。乃原審未予詳查慎斷，遽行判決，自有調查職責未盡及判決理由欠備之違背法令。檢察官上訴意旨執此指摘，非無理由，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。

(五)高雄高分院更三審遵循最高法院第3次發回見解認定被告蕭○正等所指示之周黃○寶等11名清潔隊員即加班費之請領人，為詐領加班費，既已向服務單位打卡，登錄不實之加班紀錄，並由清潔隊班長核算加班總時數後送至渠等所屬分隊，則被告蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴及周黃○寶等11名清潔隊員，即已對被害機關即高雄市環保局著手於施用詐術之行為。

被告蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴為使周黃○寶等11名清潔隊員參與李○澤競選集會，而應允渠等虛報加班費，所涉公務員利用職務機會詐取財物之犯行，業已達於著手之程度：

- 1、按已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯，刑法第25條第1項定有明文。所謂著手係指犯罪行為人對於犯罪構成要件之事實開始實行而言。貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務上之機會詐取財物罪，就詐取財物之要件而言，與刑法第339條第1項之詐欺取財罪相同，均以行為人向行詐之對象施用詐術為實行之著手（最高法院100年度台上字第6541號判決意旨參照）。
- 2、查高雄市環保局三民東區清潔隊員工申請加班費之流程，係先由班長事先填寫加班請示單，註明日期、時間、加班事由、人員，送分隊長審核，再由隊長核章。隊長核章後，加班人員依加班請示內容進行加班，班長指揮工作，並打卡上下班。待隔月先由班長初步核算加班時數，交由業務隊員葉○莉核對，並製作印領清冊交分隊長、隊長逐級審核、核准，再發文將印領清冊送交高雄市環保局第三科申請等情，業經證人葉○莉（高雄市環保局三民東區清潔分隊加班費承辦人員）於

原審審理時證述明確（見原審卷4第141至153頁）。核與卷附由被告陳○奴、王○權分別提出之清潔隊加班費申請流程表所載（見原審卷1第184頁、卷2第71頁），清潔隊員工申請加班費之流程，係先由所屬班長事先填寫加班請示單，註明日期、時間、加班事由、人員，送分隊長審核，再由隊長核章。隊長核章後，加班人員依加班請示內容進行加班，班長指揮工作，並打卡上下班。待隔月加班費請領時，先由班長初步核算加班時數，交由業務隊員核對，並製作印領清冊交分隊長、隊長逐級審核、核准，再發文將印領清冊送交高雄市環保局第三科辦理，高雄市環保局第三科於彙整各區隊加班總量及審查核對後，再送會計室核對預算科目，不得超過年度預算，再經專門委員代為批准決行，始送會計室核銷付款等情，互核相符，堪以認定。

- 3、經查，本案周黃○寶等11名清潔隊員，係加班費請領之行為人，而高雄市環保局係渠等請領加班費之對象，高雄市環保局三民東區清潔分隊南掃路班班長林王○珠，既已依被告蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴之指示，為周黃○寶等11名清潔隊員申請於上開時段加班，填寫96年12月份職工臨時加班請示單，周黃○寶等11名清潔隊員並持勤務管制卡打卡，登錄虛偽之加班紀錄，及由新任班長黃○聰依上揭加班費申請流程表所定程序，於次月即97年1月初核算渠等96年12月份加班總時數，登載於上開勤務管制卡下方，然後送至清潔分隊加班費承辦人員葉○莉處。被告蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴所指示之周黃○寶等11名清潔隊員即加班費之請領人，為詐領加班

費，既已向服務單位打卡，登錄不實之加班紀錄，並由清潔隊班長核算加班總時數後送至渠等所屬分隊，則被告蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴及周黃○寶等11名清潔隊員，即已對被害機關即高雄市環保局著手於施用詐術之行為，洵可認定。

(六)最高法院於102年6月20日以102年度台上字第2479號判決，駁回被告上訴確定：

1、不合法駁回理由略以：

- (1) 所謂應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，客觀上應行調查者而言，故事實審對於證據之調查，其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無具有必要之關聯性者，方屬上開應行調查之範圍。原判決就蕭○正等4人有上揭共同犯利用職務機會詐取財物未遂情事，業已依卷證認定明確。原審未再為蕭○正上訴意旨所指其他事項，為無益之調查，不得謂有調查職責未盡之違法情形。上訴意旨執此指摘，要非合法之第三審上訴理由。
- (2) 上訴意旨援用無拘束力之第一審法院其他判決，任指原判決就有利於陳○奴之卷證，未予審酌，亦未加以說明，有判決理由不備之違法云云，亦非依據卷內訴訟資料執為指摘之合法第三審上訴理由。
- (3) 最高法院為法律審，僅以審核下級審法院裁判有無違背法令為職責，故當事人不得向最高法院主張新事實或提出新證據。施○寬於上訴最高法院後，始提出97年1月7日法務部調查局詢問之錄音譯文為證，主張該日筆錄係因調查員

以不正方法取得，並非出於任意性，原判決認定事實有誤云云，殊非適法之第三審上訴理由。

2、本案主辦法官於判決理由敘明：「原審未再為蕭○正上訴意旨所指其他事項，為無益之調查，不得謂有調查職責未盡之違法情形。上訴意旨執此指摘，要非合法之第三審上訴理由」，與前審調查證據理由大相逕異，而為本案有罪定讞。

(七)綜上所述，高雄市環保局三民東區清潔隊員參加選舉造勢大會，申請加班或延長工時案，於無罪、有罪判決間徘徊，原確定判決徒以貪污治罪條例第5條第1項第2款規定利用職務機會詐取財物罪、貪污治罪條例第3條規定、刑法第31條第1項規定，判決陳訴人蕭○正等4人有罪確定，固非無由。然本案歷審判決就是否該當貪污治罪條例不法構成要件均有不同之認定，亦有證言前後不符之情形，則原確定判決是否濫用自由心證、違反無罪推定原則，自有疑問。經查，最高法院第2次發回與第3次發回有4名法官重複，最高法院99年度台上字第3336號判決（即最高法院第2次發回更審判決）指摘高雄高分院更一審判決有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，要求二審接續檢察官舉證責任，依職權調查被告不利證據，其後99年9月28日更二審即高雄高分院99年度選上更(二)字第3號判決，遵循最高法院上開判決理由，調查被告不利證據，但認為被告允其虛報加班費所涉公務員職務上詐欺財物之犯行，尚未達於著手之程度判決無罪。最高法院第3次發回（即100年11月24日100年度台上字第6541號判決）續以被告指示清潔隊員為詐領加班費，既已向服務單位打卡，登錄不實之加班紀錄，並由清潔隊班長核算加班總時數後送至其等所屬

分隊等情，有調查未盡之違誤，將原判決撤銷，發回高雄高分院；高雄高分院更三審遵循最高法院第3次發回見解，調查對被告不利證據，認定被告蕭○正等對被害機關即高雄市環保局著手於施用詐術之行為。嗣被告上訴，最高法院以102年度台上字第2479號判決駁回上訴確定。最高法院第2次發回以後之判決，違反無罪推定原則，均要求事實審接續檢察官調查責任，調查被告等不利證據，業違反刑事訴訟法第163條規定。最高法院100年度第4次刑事庭會議決議、最高法院101年度第2次刑事庭會議決議，法院依職權調查之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即嚴重背離公政公約第14條規定公平法院原則。前揭所列最高法院判決暨事實審原確定判決（即高雄高分院100年度選上更（三）字第1號判決）自有刑事訴訟法第378條規定判決不適用法則或適用不當之重大違誤。

二、本案最高法院要求高等法院調查不利被告證據之第2次發回更審與第3次發回更審，最高法院有4名法官重複，凸顯最高法院更二（或重大）連身條款⁹，未遵守法定法官原則，並無法避免法官判決時受其個人成見或偏見之影響而對其審判案件預存定見，違反法官獨立性與公正性要求，與公政公約第14條公平法院原則有間，侵害憲法第16條規定保障人民訴訟基本權利，憲法法庭112年憲判字第14號判決雖認定最高法院更二（或重大）連身條款合憲，惟背離社會基本事實與

⁹ 依據最高法院刑事案件分案實施要點，刑事案件進行更三審以上，或重大刑事案件發回更審再行上訴時，原則上由原承辦法官繼續審理，其目的是為避免訴訟延宕和防止法官濫用發回權，但曾引發關於「法定法官原則」之爭議，嗣憲法法庭判決該規定合憲。憲法法庭（合憲見解）認為，連身條款實施規則是事先且一般性地訂定，目的在於排除法官的恣意分配，並且在案件進入最高法院前，已有透過隨機分案進行過至少3次的法官分配，因此與法定法官原則不抵觸。

庶民大眾認知，嚴重斲傷司法公信力，允宜檢討改進。

(一)公政公約要求法官應具有獨立性與公正性，獨立性判斷標準包括法庭成員之任命方式、法庭成員之任期、對抗外在壓力之擔保機制及獨立於行政權以及當事人。而法庭是否具有公正性，應從個人公正性與客觀公正性加以觀察。前者之個人公正性，即主觀標準，旨在檢視法官個人之行為是否存有預斷或偏頗；後者之客觀公正性，即客觀標準，則係檢視於客觀事實上，是否足以產生對裁判作成者公正性之懷疑，以及是否提供可擔保法官公正性而足以排除任何合理懷疑之適當機制。

1、本案涉及法官獨立性與公正性之國際公約之要求。

司法權係制衡政府部門的法律守護者，必須確保立法、行政機關之法律、命令不背離法規範並符合國際人權之標準，以確保公平正義實現。故唯有維護司法核心價值，始能全面且平等地落實與保障人權、實現民主法治並謀求人類之永續發展。因一個國家的司法體系在保護人權與自由方面上所扮演著關鍵之角色¹⁰，所以備受國際各人權機構所重視，是諸多國際公約及法律文件均一再重申法官獨立性與公正性之重要性，具體內容臚列如下：

(1) 西元1966年公政公約第14條第1項規定：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。」

(2) 西元2007年公政公約第32號一般性意見第21點：「公正性的要求涉及兩方面。第一，法官判決

¹⁰ 國際法學家委員會，法官、律師與檢察官獨立性及課責性之國際原則，西元2007年二版，第3頁。

時不得受其個人成見或偏見之影響，不可對其審判案件預存定見，也不得為當事一方增加不當的利益而損及另一當事方。第二，法院在合理觀察者審視下來看也必須是公正的。例如，根據國內法規，由本應被取消資格的法官參加審理，而使審判深受影響者，通常不能被視為是公正審判。」

- (3) 西元1950年《歐洲人權公約》第6條第1項規定：「任何人之民事上權利義務或所受刑事控訴而應予認定時，應有於合理期間內受依法設立之獨立且公正之法庭公平公開審理之權利。」
- (4) 西元1969年《美洲人權公約》第8條第1項規定：「任何人所受刑事控訴、或民事、勞動、財政或其他事項之權利義務應予認定時，應有於合理期間內、經正當程序之保障、受依法設立而具合法管轄權之獨立且公正之法庭公平公開審理之權利。」
- (5) 西元1981年《非洲人權與公民權利憲章》第7條第1項、第26條規定：「任何人應有對其訴訟案件請求聽審之權利。其包含：(a)針對侵害其業經公約、法律、命令或習慣法所承認或保障之基本權利之行為，向具合法管轄權之國家機關提起救濟之權利；(b)於具合法管轄權之法院或法庭證明有罪以前，推定無罪之權利；(c)為自己辯護之權利，包含選擇律師進行辯護之權利；(d)於合理期間內受公正之法院或法庭審理之權利。」「憲章締約國應負有確保法院獨立性，以及允許建立與改善適當之國家制度之義務，以促進與保護本憲章所保障之權利與自由。」

- (6) 西元1948年《世界人權宣言》第10條規定：「任何人因其權利義務或受刑事控訴而應予認定時，應有完全且平等地受**獨立且公正**之法庭公平公開審理之權利。」
- (7) 西元1985年《聯合國關於司法機關獨立性之基本原則》第1條規定：「司法機關之獨立性應為各國所保障，並載明於內國憲法或法律之中。各政府部門與其他機關負有尊重與遵守之職責司法機關獨立性之義務。」第2條規定：「不論來自何方或出於何種理由，司法機關應不受任何直接或間接之限制、不當影響、關說、壓力、威脅或干預，而**公正地**根據事實依據法律進行裁判。」
- (8) 西元1999年通過、西元2017年修正之《世界法官憲章》第1條（通則）：「（第1項）作為法治的保障者，司法權為民主國家的三大權力之一。（第2項）法官應盡其所能確保人民有受公平審判之權利。行使確定人民權利與義務之訴訟程序，則應由依法所設立、獨立、公正之法庭審理對於他們的刑事指控；並應於合理的時間內使當事人有受公平、公開審理之權利。（第3項）法官之獨立性是法治社會公正正義之首要條件。這是不容割裂的。這不是賦予法官個人利益的特權，而是法治社會所應提供者，且任何人得要求、等待公平正義之正當利益。（第4項）所有國內或國際性之任何組織及主管當局，應尊重、保護及捍衛這樣的獨立性。」第2條之1（確保司法獨立為最高法規位階所保障）：「（第1項）司法獨立應明文規定於憲法或該國最高的法規位階之中。（第2項）司法地

位應透過制訂和保護真正有效獨立於國家其他權力之司法部門的法律來加以保障之。(第3項)在職法官，應能行使司法權力，不受社會、經濟和政治壓力，獨立於其他法官同儕和司法行政權。」

- (9) 西元2002年《聯合國班加羅司法行為準則》：
「1.3法官不僅不得與政府之行政及立法機關有不當連結或受其影響外，亦須以客觀第三人之角度避免之。1.4於履行司法職務時，法官有獨立裁判之義務，不得受其他法官影響。2.2法官須確保其於法院內、外之行為，皆維持並加強公眾、法律相關領域從業人員及訴訟當事人對於法官與司法制度公正性之信任。2.5法官認其無法公正無私執行職務，或客觀上足認法官執行職務之公正無私有受合理懷疑之虞時，該法官應自行迴避參與該訴訟程序。這些訴訟程序包括下列所規定之情形，但不以此為限：2.5.1該法官對一造當事人有實質上的偏好或偏見，或對於該訴訟中某項待證事實有其個人的刻板認知；¹¹但若無其他法庭得處理此案件，或有急迫之情事，若不由法官立即做出急迫處分將產生嚴重不公平之結果時，則不應要求法官自行迴避。」

2、有關公政公約第14條第1項規定「獨立無私」之

¹¹ 西元2007年《聯合國班加羅司法行為準則》評註第93點：「本規則適用法官在受分配案件之前即已獲悉相關資訊，以及由司法以外管道或法官個人在案件進行中所為調查而得知的事實。甚至適用於經由與訴訟無關的目的（例如寫書）所為獨立研究而得知的事實，且未被要求在適當時候提請受影響的當事人注意。如所得知訊息係來自同一案件之前案判決，或來自因裁判相同交易的相關當事人的案件，或因當事人之前案為該法官承辦，法官無庸迴避。然而，一般言，除該資訊係很明顯、為眾人所知、已被討論或成為一般訊息，該訊息應記載筆錄，請當事人表示意見。但何者可能在這方面被合理要求，有明顯的限制，例如，法官在審理過程中，不可能被期待揭露其所知與案件有關的每一項法律，或者可能與判決有關的一般訊息的每一事實。其適用的尺度在於依照合理旁觀者的想法，什麼可能是合理的。」

具體意涵，可以參考《歐洲人權公約》第6條第1項「獨立且公正」之相關解釋或案例。

- (1) 按西元1966年公政公約第14條第1項規定：「任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受『獨立無私』之法定管轄法庭公正公開審問。」西元2007年公政公約第32號一般性意見第21點：「公正性的要求涉及兩方面。第一，法官判決時不得受其個人成見或偏見之影響，不可對其審判案件預存定見，也不得為當事一方增加不當的利益而損及另一當事方。第二，法院在合理觀察者審視下來看也必須是公正的。例如，根據國內法規，由本應被取消資格的法官參加審理，而使審判深受影響者，通常不能被視為是公正審判。」故有關公正性要求必須從一個合理觀察者下，審視法官有無受其個人成見或偏見之影響，或為當事一方增加不當的利益而損及另一當事方。有鑑於法院應「獨立且公正」進行審判乙節，已為國際公約及法律文件所肯認之普世價值，《歐洲人權公約》第6條第1項亦明文規定：「任何人之民事上權利義務或所受刑事控訴而應予認定時，應有於合理期間內受依法設立之獨立且公正之法庭（by an independent and impartial tribunal established by law）公平公開審理之權利。」不僅明確揭櫫「獨立且公正」作為基本價值，因歐洲人權法院更藉此規定作成諸多案例詳細闡述其意旨，藉由歐洲人權法院之實踐經驗，明瞭公政公約第14條公平法院原則，對於我國而言可謂深具參考價值與啟發性，合先敘明。

(2) 按《歐洲人權公約》所稱之「法庭」，其意義並非僅限於依內國法所設立之法庭。縱然形式上並非依內國法所設立之法庭，惟性質上仍屬內國之裁判作成機關者，仍屬《歐洲人權公約》所稱之「法庭」¹²。次按，《歐洲人權公約》所稱之法庭，必須是「依法設立」，其目的旨在避免「特別法院 (special courts)」之設立。尤其，其法律保留之範圍，包含法庭成員之組成、組織以及權限等。「依法設立」之要求，不僅係民主國家法治國原則之前提，更可確保法院之獨立性¹³。法庭是否具有獨立性，其判斷標準有：法庭成員之任命方式、法庭成員之任期、對抗外在壓力之擔保機制，以及獨立之外觀。首先，法庭應獨立於行政權以及當事人，不僅如此，法庭之獨立性，亦包含法庭個別成員間之獨立性¹⁴，而法庭公正性之目的，旨在確保當事人可信賴認定問題是非對錯之法庭具有公正性。於歐洲人權法院之裁判實務上，獨立性與公正性之概念係彼此相互關聯而經常將二者共同使用，惟在功能上，獨立性應為公正性之先決條件。再者，訴訟程序之客觀性，係以裁判作成機關成員之獨立性與公正性為基礎。因此，於具體個案中，很難將獨立性與公正性此二概念加以區分。惟判斷法庭是否具有公正性之關鍵，應就實際上與程序上之情形，以及個案於個別程序上所面臨之具體問題加

¹² Grabenwarter, European Convention on Human Rights : commentary, 2014, Art. 6, para. 34, p. 114.

¹³ Grabenwarter, European Convention on Human Rights : commentary, 2014, Art. 6, para. 39, p. 115.

¹⁴ Grabenwarter, European Convention on Human Rights : commentary, 2014, Art. 6, para. 42, p. 116.

以觀察¹⁵。歐洲人權法院於認定法庭是否具有公正性時，會分別從個人公正性與客觀公正性此二標準加以觀察。前者之個人公正性，即主觀標準，旨在檢視法官個人之行為是否存有預斷或偏頗；後者之客觀公正性，即客觀標準，則係檢視於客觀事實上，是否足以產生對裁判作成者公正性之懷疑，以及是否提供可擔保法官公正性而足以排除任何合理懷疑之適當機制¹⁶。於主觀標準之判斷上，為釐清法官於個案上是否存有偏頗，則應檢驗法官與案件當事人之關係。除有證據可證明法官存有偏頗者外，原則上應推定法官具有個人公正性。然而，上開法則之問題在於，當事人對於有關法官個人公正性之內在言行甚難舉證。但儘管如此，單純當事人主觀上認為法官存有偏頗乙節，仍不足以認定法官之個人公正性有所欠缺¹⁷。於客觀標準之判斷上，則應檢驗法院之內部組織與功能上是否足以產生對法官獨立性之懷疑。為確保客觀公正性之存在，立法者有義務於程序法中制定足以擔保法官於訴訟程序中確無偏頗之適當機制。於認定法院是否欠缺公正性時，外觀於一定程度上具有其重要性。如客觀事實上足以產生對公正性之懷疑者，應可認為業已違反客觀公正性之要求。此判斷標準之目的，旨在確保民主社會之法院能獲得社會大眾之信賴。因此，於法庭是否具有公正性乙事存有

¹⁵ Grabenwarter, European Convention on Human Rights : commentary, 2014, Art. 6, para. 52, p. 119-120.

¹⁶ Grabenwarter, European Convention on Human Rights : commentary, 2014, Art. 6, para. 55, p. 120.

¹⁷ Grabenwarter, European Convention on Human Rights : commentary, 2014, Art. 6, para. 57, p. 121.

爭議時，內國法院則負有自行檢查之義務。另一方面，如有正當事由足以懷疑法官欠缺公正性者，法官自應迴避該案件之審理。當事人之主觀認知固然重要，但並非決定性之因素；唯有足以懷疑法官公正性之正當事由者，始能認定客觀公正性之違反¹⁸。

(二)憲法法庭112年憲判字第14號判決認為更二連身條款及重大連身條款，均兼有提升裁判效率，並促進終審法院之統一裁判見解功能等重要考量，均符合法定法官原則之要求與憲法第16條保障訴訟權之意旨無違。

- 1、按憲法法庭112年憲判字第14號判決：「80年最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第2點（及98年、101年之修正版本，內容相同；108年修正之版本僅更名為最高法院第二次發回更審以後之民刑事上訴案件分案實施要點，內容相同）及最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項第1款規定，最高法院第3次發回更審以後之刑事上訴案件（即最高法院就同一案件之第4次審判起），均分由最後發回之原承審法官辦理，與憲法第16條保障訴訟權之意旨，均尚無違背」等語。
- 2、其理由係以參照司法院釋字第761號解釋曾明示以下2種情形，已涉及訴訟權保障之核心內容，而為憲法所要求之法官迴避事由：「（一）法官因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突；（二）法官因先後參與同一案件上下級審判及先行程序之決定，致可能產生預斷，因而使當事人

¹⁸ Grabenwarter, European Convention on Human Rights : commentary, 2014, Art. 6, para. 59, p. 122.

喪失審級救濟利益。」

3、憲法法庭112年憲判字第14號判決理由分述如下：

(1) 訴訟權保障核心內容，就所涉法官迴避事由之憲法爭點而言，仍足以為本件可資援引適用之裁判先例。按上開釋字第761號解釋所稱法官預斷影響之風險，係指會因而損及人民就同一案件之審級救濟利益者，始構成憲法要求之法官迴避事由（司法院釋字第761號解釋理由書第15段參照）。然就法官因曾參與同一案件之先前審判所致之預斷風險，是否即必然會使當事人喪失其審級救濟利益，毋寧其關鍵在於：法官參與先前審判是否會發生「審查自己所作裁判」之情形，以致該法官再次參與之審判於實質上已難發揮救濟實益。……反之，法官縱曾參與同一案件之先前審判，如無「審查自己所作裁判」之情形，即不必然屬於憲法所要求之法官迴避事由。是法官就其審判之個案如有利益衝突及審查自己所作裁判兩種情形之一，自難期待其公正審判，且亦將損及當事人之救濟利益，從而即應迴避而不得參與該個案之審理、裁判，此乃憲法所要求之法官迴避事由。相關訴訟法規如容許法官於上述兩種情形得不迴避或未規定應迴避，該法規範應屬違憲；法官於有上述兩種情形之一時，未迴避而參與個案之審判，該個案裁判亦屬違憲。

(2) 系爭要點一¹⁹、系爭要點二²⁰第1款、第2款及系爭決定之更二連身條款及重大連身條款，與憲

¹⁹ 80年8月16日核定修正之最高法院第二次發回更審以後之民、刑事上訴案件分案實施要點第2點。

²⁰ 最高法院刑事案件分案實施要點第9點第1項。

法訴訟權所蘊含之法定法官原則，均尚無違背。憲法第16條規定保障人民之訴訟權，其核心內容在於人民之權益遭受侵害時，得請求法院依正當法律程序公平審判，以獲得及時有效之救濟。為確保人民得受公平之審判，憲法第80條規定，法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。我國憲法固未明文規定法定法官原則，然司法院釋字第665號解釋已明確釋示：為保障人民訴訟權，維護獨立及公正審判，法院之分派案件應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判，並承認法定法官原則為我國憲法訴訟權及法官依法獨立審判所蘊含之憲法原則（司法院釋字第665號解釋理由書第2段至第4段參照）。惟上開解釋亦釋示：「各法院之組織規模、案件負擔、法官人數等情況各異，且案件分配涉及法官之獨立審判職責及工作之公平負荷，於不牴觸法律、司法院訂定之法規命令及行政規則（法院組織法第78條、第79條參照）時，法院就受理案件分配之事務，自得於合理及必要之範圍內，訂定補充規範，俾符合各法院受理案件現實狀況之需求，以避免恣意及其他不當之干預，並提升審判運作之效率」（司法院釋字第665號解釋理由書第3段參照）。參照上開解釋意旨，各法院於不牴觸上位階法律、命令的前提下，仍得自訂有關案件分派之補充規範。又法院自訂之分案規範除須符合事前訂定及一般適用的基本要求外，亦得考量專業、效率、程序特殊性、案件公平負擔、法院層級及功能等因素，而為合理之安排，並

非就每案之每次分派均須一律採取（電腦或抽籤）隨機盲分原則，才算符合法定法官原則。

(3) 按系爭要點一與系爭要點二第1款之更二連身條款，及系爭決定與系爭要點二第2款之重大連身條款，均係最高法院訂定之分案規則，形式上雖非法律，然亦屬法院組織法第79條第1項規定明文授權各級法院得自主決定之事務分配辦法之內容，而有其法律依據。又法院分案規則涉及審判行政之核心，本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權（司法院釋字第530號解釋參照）。最高法院係我國民事及刑事訴訟之最高審判機關，於不牴觸上位階法令之範圍內，本即得就其所掌民事及刑事案件，自定分案規則。就此而言，亦與憲法權力分立原則所保障之司法自主性相符。次按，上開更二連身條款及重大連身條款，均係最高法院於各該上訴第三審案件之分案前，即已訂定之一般性規定，既未溯及適用，亦非針對特定案件而定，而係同時適用於上訴第三審之刑事案件，符合事前訂定及一般適用的要求。就其目的而言，更二連身條款除與發回程序之特殊性有關外，更二連身及重大連身條款之訂定，均兼有提升裁判效率，並促進終審法院之統一裁判見解功能等重要考量。又適用更二連身條款之案件，在其前三次上訴，也還是以（電腦）隨機分案方式決定其各次審判之承辦法官；至於適用重大連身條款之案件，至少在該案件第1次上訴第三審時，也是隨機分案，而非指定特定法官承辦，可謂均已符合法定法官原則之要求。

(4) 更二連身條款……重大連身條款規定，與憲法保障之訴訟權，均尚無抵觸依上開更二連身條款或重大連身條款，各該第三審法官所曾參與之先前裁判，係發回更審前之同審級裁判，而非下級審裁判，因此不是系爭規定所定及系爭解釋所稱之法官迴避事由。又此二種連身條款所涉法官重複情形，並不必然涉及法官因個人利害關係，致與其職務之執行產生利益衝突，因此自非司法院釋字第761號解釋所稱之法官應迴避事由。聲請人等雖主張同一法官重複參與同一案件之同審級裁判，可能會有其預斷風險，致影響公正審判之外觀。惟不論是依上開更二連身條款或重大連身條款之規定，甚至是因隨機分案，致重複參與同一案件再度上訴第三審裁判之法官，其所審查之裁判，都是下級審（第二審）之更審裁判，而非該法官所參與之先前第三審裁判，因此並無審查自己所作裁判之問題。次就所謂法官因重複參與同一案件之審判而可能形成預斷而言，法官基於其個人學養及經驗，就各項抽象法律問題、及各類案件所涉事實或法律爭議，原即多少會有一定程度之初步見解或看法，而不可能是白紙一張，任何法官皆然。況最高法院為法律審，其裁判並不自為事實認定，即使認有所謂隧道視野效應²¹之影響，也比較是就法律問題，而非就事

²¹ 所謂隧道視野現象係指，人們一旦作出事實認定後，會傾向忽略所有嗣後出現、與自己以為之事實認定相矛盾之證據，以維持自己所作成決定之一致性，這種心理情狀雖然是潛意識且無惡意的，卻往往造成誤判的發生。隧道視野就是心理學上之「確認偏誤」(confirmation bias)，使人們在求證的過程中，過度看重符合自己假設的證據，而忽略其他資訊。確認偏誤除了對於資訊的接收可能造成影響以外，也有可能對於人們的記憶產生影響，還可能影響到資訊價值的輕重。許多心理學研究顯示，人們在已有既定印象的情況下，無法合理判斷證據的價值。也就是說，我們會傾向過度看重與自身成見相符的資訊，而過度貶低與自身成見相矛盾的資訊。為實踐憲法對於人民訴訟權之保障，法律程序之制

實及證據問題的預斷。然最高法院法官皆為具長年審判經驗之資深法官，其等對各該重要法律問題多已形成穩定的法律見解，且係其等之所以能擔任終審法院法官的正面資歷及基礎條件。縱認此等法律見解確為法官之定見，亦多為個人經驗及學養所致，而非單純源自先前曾審理同一案件之影響。

- (5) 又就最高法院之發回判決而言，發回意旨未必對被告不利，因此曾參與發回判決之法官，嗣後又參與該案件再次上訴後的第三審裁判，對於被告而言，也未必會發生不利之預斷風險。反之，曾參與前次發回判決之最高法院法官，如又參與該案件再次上訴後之第三審裁判，則有提高審判效率，避免訴訟延遲之正面效益。況最高法院發回判決之發回理由，不僅可拘束受發回之更審法院（垂直拘束），對受理更審後上訴案件之法律審（即最高法院本身），亦有其拘束力（水平拘束）。不論最高法院審理更審後上訴案件之法官與發回判決之法官是否重複，皆然。是同一案件於發回更審後再次上訴第三審時，如有曾參與該案件先前發回判決之法官重複參與該第三審裁判，並採取與先前發回判決之相同法律見解，亦屬上述發回判決水平拘束效力之結果，而非純係該等重複參與第三審裁判法官之個人偏見或偏頗之虞所致。
- (6) 就最高法院身為終審法院之組織員額而言，各

定應儘量降低司法決策過程中所可能產生之類似風險，而刑事訴訟法中的迴避規定可作為降低產生隧道視野風險的有效方法。資料來源：<https://www.taedp.org.tw/story/10534>。瀏覽日期：114年11月17日。

國之終審法院均係各該法院體系之金字塔尖端，不論是採一元、二元或多元法院體系皆然。故終審法院之法官員額往往相對較少，甚至不分庭。於不分庭之終審法院，發回後再度上訴之案件，必然是由同一庭法官再次審理，而無迴避之可能。即使是有分庭之終審法院，限於其有限員額，亦無可能就同一案件之每次上訴，都分派給完全不重複之法官審理。況最高法院既為終審法院，其就各該重要法律問題本即應力求形成穩定、一致的法律見解，始能透過裁判統一所屬下級審法院之裁判見解。如果期待最高法院就同一案件所涉之法律爭點或問題，會因審理法官之不同，而出現不同的法律見解，並以此為迴避之理由，反會損及最高法院身為終審法院所應發揮之統一裁判見解之重要功能。

- 4、綜上，憲法法庭112年憲判字第14號判決理由依司法院釋字第665號解釋意旨，認為憲法所要求之法官迴避事由係：(1)法官因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突；(2)法官因先後參與同一案件上下級審判及先行程序之決定，致可能產生預斷，因而使當事人喪失審級救濟利益。所謂法官預斷影響之風險，係指會因而損及人民就同一案件之「審級救濟利益」者，始構成憲法要求之法官迴避事由，而認「各法院於不牴觸上位階法律、命令的前提下，仍得自訂有關案件分派之補充規範。又法院自訂之分案規範除須符合「事前訂定」及「一般適用」的基本要求外，亦得考量專業、效率、程序特殊性、案件公平負擔、法院層級及功能等因素，而為合理之安排，並非

就每案之每次分派均須一律採取（電腦或抽籤）隨機盲分原則，才算符合法定法官原則，並進而以「更二連身條款及重大連身條款，均係最高法院於各該上訴第三審案件之分案前，即已訂定之一般性規定，既未溯及適用，亦非針對特定案件而定，……符合事前訂定及一般適用的要求。就其目的而言，更二連身條款除與發回程序之特殊性有關外，更二連身及重大連身條款之訂定，均兼有提升裁判效率，並促進終審法院之統一裁判見解功能等重要考量。又適用更二連身條款之案件，在其前三次上訴，也還是以（電腦）隨機分案方式決定其各次審判之承辦法官；至於適用重大連身條款之案件，至少在其第1次上訴第三審時，也是隨機分案，而非指定特定法官承辦，可謂均已符合法定法官原則之要求」等由，而認系爭要點一、系爭要點二第1款、第2款及系爭決定所定之更二連身條款及重大連身條款，與憲法訴訟權內涵之法定法官原則，均無違背。從而，本號判決主要係循司法院釋字第665號解釋關於法定法官之解釋意旨，就最高法院之決定及分案要點中關於更二連身條款及重大連身條款，為是否符合憲法訴訟權內涵之法定法官原則之審查；而對此等分案規範之審查標準則為下列之（1）+（2）：（1）分案規範之「事前訂定」及「一般適用」。（2）基於專業、效率、程序特殊性、案件公平負擔、法院層級及功能等因素等考量²²。

（三）本院認為法定法官原則是為保障公平法院原則，避免司法行政恣意操控，干預審判，更二（重大）連

²² 參照憲法法庭112年憲判字第14號判決部分大法官楊惠欽不同意見書。

身條款制定當時並非為保障人民訴訟權，而是基於速審速結與避免法官耗時釐清案情，顯然是保障法官利益，涉違背公平審判原則；惟112年憲判字第14號判決卻認為最高法院是法律審，更二（重大）連身條款，不會讓法官陷入「隧道效應」，顯然背離現行刑事訴訟法規範與實務，並不足採，又依據現行最高法院人力規模，宜儘速檢討更二（重大）連身條款之存廢，以防止司法行政持續恣意干涉案件分配，斲傷司法威信。

- 1、法定法官原則是為保障公平法院原則，避免司法行政恣意操控，干預審判，該原則實踐必須於一般人民合理觀察相關司法行政規則具有公正性，而不會引致法官判決時受其個人成見或偏見之影響，或對其審判案件預存定見，始符憲法第16條所定人民訴訟權保障。

查公政公約第32號一般性意見第21點：「公正性的要求涉及兩方面。第一，法官判決時不得受其個人成見或偏見之影響，不可對其審判案件預存定見，也不得為當事一方增加不當的利益而損及另一當事方。第二，法院在合理觀察者審視下來看也必須是公正的。」司法院釋字第665號解釋於引用德意志聯邦共和國基本法第101條第1項規定後，認為法定法官原則，包括應以事先一般抽象之規範明定案件分配，不得恣意操控由特定法官承辦，以干預審判，法院案件之分配不容恣意操控，應為法治國家所依循之憲法原則。憲法基於訴訟權保障及法官依法獨立審判亦同，上開所示之司法院釋字第665號解釋內容，係自憲法第16條人民訴訟權規定所導出法定法官原則之意旨，所以憲法第16條所定法定法官原則，在於

憲法第16條所規定之人民訴訟權保障，而非保障法官利益，換言之，當人民權益遭受侵害時，法院有依正當法律程序公平審判義務，所以法定法官原則之內涵，依據司法院釋字第665號解釋意旨，就法院案件分配而言，係指：(1) 須依事先訂定之一般抽象規範，客觀公平合理分配於法官。(2) 該一般抽象規範須摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業。從而，法定法官原則是為保障公平法院原則，避免司法行政恣意操控，干預審判，該原則實踐必須於一般人民合理觀察相關司法行政規則具有公正性，而不會引致法官判決時受其個人成見或偏見之影響，或對其審判案件預存定見，始符憲法第16條所定人民訴訟權保障。

2、更二（重大）連身條款難以排除恣意干涉案件之分配。

西元2002年《聯合國班加羅司法行為準則》：「2.2法官須確保其於法院內、外之行為，皆維持並加強公眾、法律相關領域從業人員及訴訟當事人對於法官與司法制度公正性之信任。2.5法官認其無法公正無私執行職務，或客觀上足認法官執行職務之公正無私有受合理懷疑之虞時，該法官應自行迴避參與該訴訟程序。這些訴訟程序包括下列所規定之情形，但不以此為限：2.5.1該法官對一造當事人有實質上的偏好或偏見，或對於該訴訟中某項待證事實有其個人的刻板認知」，基於法定法官原則屬憲法第16條所定確保人民受公平審判意旨，摒除恣意干涉，就案件分配而言，更二（重大）連身條款指在不具迴避事由之法官中，該個案於最高法院之審級，不論歷經多少次之審判，原則上均由同一位法官承辦，

固期訴諸訴訟經濟考量，但反而提升對於司法不
信賴感，從過去本院調查最高法院諸多司法案件，
可以發見最高法院保密分案制度形同虛設，例如
翁○鍾指定分案²³，最高法院楊○雲法官指控最
高法院霸凌指定分案，讓基層法官替最高法院背
黑鍋，這種最高法院高層恣意干涉案件分配，造
成眾多案件來回於第三審與第二審之間，增加第
二審法官工作量，無助於刑事訴訟法發見真實之
義務。

²³ 有關最高法院之案件分案相關規定，最高法院處務規程（90年2月14日修正，非現行版本）第51條規定：「文書科收案書記官收到民刑訴訟文卷，應即分別卷宗、證物、書狀及文件，逐一點清，並就職掌應辦事項辦理完竣後，分別送交民事科或刑事科。」同處務規程第52條規定：「民、刑事科對於新收案件，應隨時依民、刑事案件編號計數分案報結要點之規定編號、分案，並於分案前就程序上作初步審查，其毋庸經裁判終結之案件，應擬具文稿分別送請民一庭或刑一庭庭長核定簽發。凡卷證齊全之上訴案件，先送民、刑事審查庭審查，經審查庭認上訴程序上合法者，再由民、刑事科依保密分案程序辦理分案，但重大刑事案件、被告在押、非常上訴及覆判等刑事案件，則逕行依保密分案程序辦理。」另查最高法院民、刑事案件編號、計數、分案報結要點（90年1月31日版）第9點規定：「（一）民、刑事案件，分下列3種：1. 保密分案：合法之上訴、再審（包括聲請再審）、抗告、訴訟救助及非常上訴、覆判、迴避等案件屬之。」同要點第11點第2項規定：「凡應保密分案者，均應由分案股書記官親自將全卷裝袋密封，並於袋面小套內放置分案案籤，分案案號之首字，以分案月份之首字定之，不得假手他人代辦。」同要點第10點規定：「民、刑事案件之分案，原則上每每月4次。保密案件每月之第1週至第4週之星期一為分案日……至於審查案件，民、刑事案件均於每星期一分案。」同要點第15點規定：「民、刑事科分案股，應將『收案案號與分案案號』列成對照表，秘密保管，以備分送續件之用。」同要點第17點規定：「民、刑事科完成封卷工作後，應將待分案卷置入鐵櫥內，於分案日送交分案庭長或法官，由分案庭長或法官抽出分案案號籤條，依照法官分案輪次表依次分配後，連同法官收案簿、裝入袋內加鎖，分交承辦法官，並將分案號記載於輪次表各法官之名下。」同要點第19點規定：「民、刑事分案輪次表由民、刑事庭庭長按年依庭序輪流製作，視案件之多寡，分為若干輪，將法官姓名排列於電腦表上……。」同要點第20點規定：「分案於辦公室行之。已分案卷於送卷袋加鎖固封，指定專人分送各承辦法官簽收後，將送卷袋送還分案庭長或法官。」同要點第21點第1項規定：「承辦法官對於新收案件，應即開啟卷袋，逐件查點卷證，如有不符，迅以書面報由庭長將該案卷，退還民、刑事科查明處理。」同要點第22點規定：「案件分配後，如有續件，由民、刑事科依同一方法密封，並於封面記明分案號數，送由民、刑事分案庭庭長或法官，查照輪次表，依前開分案方法，追分於承辦法官。」按照上開作業流程，民事審查庭的法官會接觸案件，當審查庭認為上訴合法時，才會交由民事科，亦即退科重分，所以在一般庭分案日前，民事審查庭已經接觸過系爭案件，該審查庭法官也會知道最高法院90年度台簡上字第33號的「審查未結退科」日期，亦知道該案實際內容；其後經由民事科的分案書記官整卷、封卷，並且製作「分案案號」與「收案案號」相互對照，所以民事科承辦人員或者分案法官或者有心打探的最高法院高階長官等也會知道系爭案件在最高法院實際辦理情形。最後分案書記官再從鐵櫥搬出卷宗分案後，從鐵櫥搬出案卷的日期與法官分案輪次表也可以相互調控，達成類似「指定分案」的效果，一旦相互合作會形成「共犯結構」。翁○鍾記載：「90年5月30日（星期三）11時40分，於最高法院附近的熊二餐廳（日本料理）」，石○欽與顏○全法官告知翁○鍾「百○案將打入重新排隊」，翁○鍾感覺是「晴天霹靂，一片空白」，本院調查時判斷前揭翁○鍾所記載日期，百○案有關民、刑事訴訟案件繫屬最高法院者，僅有最高法院90年度台簡上字第33號確認本票債權不存在的第三審上訴案（審判長林○福），當日15時翁○鍾即可拜訪該案的承辦庭「最高法院林○福庭長」。系爭案件「審查庭認為上訴合法時，交由民事科，退科重分」已被有心人士獲知，該案繫屬於最高法院的流程訊息明確記載於翁○鍾的記事本，最高法院司法行政規則之可信性令人懷疑。

3、更二（重大）連身條款制定當時並非為保障人民訴訟權，而是基於速審速結與避免法官浪費時間釐清案情，顯然是保障法官利益，涉違背公平審判原則。

(1)查司法院所屬各級司法首長座談會於78年3月23日會議決議：「第二審法院判決上訴之重大刑案，如經第三審法院撤銷發回，……第二審法院更行判決後上訴時，仍分由第三審法院原承辦股繼續辦理」；而上述司法院所屬各級司法首長座談會所為重大連身條款之決議，則係針對「辦理重大刑案，應如何速審速結，以收嚇阻警惕之效，而維社會風氣之祥和」一案所為之決議，顯係基於速審速結之目的而為，而所謂「更二連身」，係指上訴最高法院之案件自更二審起均由最高法院同一承審法官辦理，且依最高法院關於刑事案件分配之更二連身條款規範，其係適用於各類型之刑事上訴案件。

(2)更二連身條款本係為提升辦案效率而為，且係於規範重大連身條款前之76年間即試辦及實施迄今。以「速審速結」之目的處理第二審判處死刑、無期徒刑之案件，對於人身自由或生存權之個案實在毫無任何慎重與尊重心態，無怪冤案錯判頻繁，如徐自強案、謝志宏案、鄭性澤案、蘇炳坤案，嚴重違反公平審判原則，自不待言；至於更二連身條款，固以訴訟經濟為目的，而可減省承辦法官於釐清個案問題所須耗費之時間，但是否能因此避免個案之多次發回更審，而達到該個案之速審速結或裁判效率之提升？如上開案例二、三審之承審法官均堅持己見，答案似非必然。是基於速審速結而為

連身條款，其與裁判效率之關聯性，實已甚為薄弱，卻犧牲當事人訴訟基本人權，保障最高法院法官，避免重新研究案件，違背公平審判原則。

4、112年憲判字第14號判決認為最高法院是法律審，更二（重大）連身條款，不會讓法官陷入「隧道效應」，顯然背離現行刑事訴訟法規範與實務，並無可採，再按我國最高法院是全世界法官人數最多的法院之一，基於公平審判原則，應即廢除更二（重大）連身條款，以防止司法行政干涉案件分配，斷傷司法威信。

(1) 112年憲判字第14號判決固稱，同一案件，法官曾參與前審之裁判者，即應自行迴避，其立法考量在於「法官不得審查自己所作裁判」。既然如此，為確保「法官不得審查自己所作裁判」之原則，不論從憲法或訴訟角度，系爭規定所稱「前審裁判」，應包含同一案件之任何審級裁判。亦即，就同一案件，法官一旦曾參與任何審級之裁判，即不得再參與任何關於該案件之裁判，不論嗣後裁判與法官曾參與者，是否屬於同一審級。法官曾參與之裁判，係刑事裁判且不利於被告時，尤應如此。換言之，法官一旦作成裁判，對該裁判心證不可能消失。112年憲判字第14號判決所採取態度是：「任何法官，就各項抽象法律問題及各類案件所涉事實或法律爭議，原即多少會有一定程度之初步見解或看法。即使認有所謂隧道視野效應之影響，也比較是就法律問題，而非就事實及證據問題的預斷。最高法院法官等對各該重要法律問題多已形成穩定的法律見解，且係其等之所

以能擔任終審法院法官的正面資歷及基礎條件。縱認此等法律見解確為法官之定見，亦多為個人經驗及學養所致，而非單純源自先前曾審理同一案件之影響」（理由第106段）。然而「隧道效應」係指就某一事務，已有特定之認知，遂對嗣後發生之相同或類似事務，不再或難以作不同之認知或思維。因此，隧道效應主要發生在事實之認定，而非如112年憲判字第14號判決所認發生在法律問題之預斷。但事實上第三審雖是法律審，然而卻非全然不接觸犯罪事實，例如判決理由矛盾，必須考量原審經驗法則，此觀刑事訴訟法第379條規定自明。所以在刑事案件，經常難以判斷者是事實認定。因此112年憲判字第14號判決認為：「任何法官本來對於各項抽象法律問題、案件事實或法律爭議，原即有其見解或看法；最高法院法官之特質，更是在於其對各該重要法律問題已形成穩定法律見解」，而指稱隧道效應不致於影響法官之審判，所以112年憲判字第14號判決將系爭規定所指法官曾參與之前審裁判，僅限縮為「直接之前審裁判」，故法官自己之裁判，如非該最直接之前審裁判，法官縱然嗣後又參與同一案件之裁判，即不會加以審查，實屬背於實情。

- (2) 我國最高法院是全世界法官人數最多的法院之一，最高法院目前民事、刑事各分別有9庭，單以刑事庭而論，合計有43位刑庭庭長、審判長及法官，且其中之調院辦事法官每年均有變動。同一刑事案件，即使於1年內，屢次上訴於最高法院，則於該年度，縱然每次上訴均由

不同法官審理，至少可以容許8次上訴（每次皆為1位不同之審判長及4位不同之法官）。同一案件經最高法院發回後，於1年內，再度上訴最高法院者甚少；重大刑案，更幾乎絕無僅有。而同一案件經發回後，如經過1年，始再度上訴於最高法院，則調院辦事法官已有部分新人，均可參與該第2至4次上訴之裁判。所以要求最高法院法官、曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之法官，在同一案件復上訴至最高法院時均應迴避，並無任何「事實上困難」，最高法院的更二連身條款，甚至重大刑事案件一上訴就連身的慣例，不從案件當事人的角度，只從司法行政方便管考的角度出發，內容等於抵觸隨機、盲目分案的法定法官原則，尤其由司法行政以分案要點的方式規範，更有行政干涉審判之嫌，而被告於嗣後審理程序，再度面對曾對其為不利裁判之法官，從一般人民角度觀察更二（重大）連身條款之司法行政規則，顯然不具有公正性。

（四）綜上所述，按法庭須「依法設立」以及法官「獨立性」，均為國際公約及法律文件所揭櫫之基本原則，強調法庭成員之組成、組織以及權限等事項均應法律保留，以及法官亦應獨立於行政權、當事人，包含其他法官。更二（重大）連身條款，並不符合「依法設立」及「獨立性」之要求，而曾於特定案件參與最高法院刑事第三審裁判之法官，於該案件發回更審後又上訴至最高法院時，復參與第三審裁判之情形，在現行制度並無擔保法官於訴訟程序中確無偏頗之適當機制，最高法院「更二（重大）連身」條款並非一般、中立、抽象之規範且違反法律

保留原則，應認違反公平法院原則。本案最高法院要求高等法院調查不利被告證據之第2次發回更審與第3次發回更審後上訴定讞，最高法院有4名法官重複，凸顯最高法院更二（或重大）連身條款，未遵守法定法官原則，並無法避免法官判決時受其個人成見或偏見之影響而對其審判案件預存定見，違反法官獨立性與公正性要求，與公政公約第14條公平法院原則有間，侵害憲法第16條規定保障人民訴訟基本權利，憲法法庭112年憲判字第14號判決最高法院更二（重大）連身條款合憲，顯然背離社會基本事實與社會大眾認知，嚴重斷傷司法公信力，允宜檢討改進。

參、處理辦法：

- 一、修正通過。
- 二、調查意見一，函送法務部轉請最高檢察署研提非常上訴。
- 三、調查意見二，函請司法院參處見復。
- 四、調查意見，函復陳訴人。
- 五、調查意見(含案由、處理辦法、調查委員姓名及附表)，
經委員會討論通過後，遮隱個資上網公布。

調查委員：林郁容

高涌誠

附表【最高法院與高雄高分院判決要旨摘要】

最高法院	高等法院	備註
	<ol style="list-style-type: none"> 1. 證人陳○奴於96年12月28日檢察官偵查中證述，被告王○權有表示參加李○澤成立競選總部大會之員工，可報領加班費。 2. 證人施○寬及王○權事後翻異前詞，王○權陳稱97年1月7日筆錄係不實陳述，係擔心其母親健康，急著想要出來，才做出不正確之陳述云云；施○寬陳稱：「王○權沒有問我動員參加成立大會可否申報加班費，之前在1月7日時說是按照局長蕭○正同意是為了要拼交保、自保而所為的陳述」云云。均係事後迴護之詞，不足採信。 3. 被告施○寬於取得被告蕭○正同意可報加班費後，再告知被告王○權，被告王○權乃轉知告三民東區隊部分隊長陳○奴及班長等人，要讓被動員參加李○澤競選總部成立造勢大會的所有分隊長、班長、查報員、業務員及一般基層隊員於事後可以申請4個小時的加班費等過程，符合行政上循級請示之程序，亦不違反常情……違法申報加班費，因屬不法，供 	<p>98年3月20日高雄高分院97年度選上訴字第27號刑事判決。</p>

最高法院	高等法院	備註
	出上級，並不能解免本身刑責，更無庸無端牽累上級。	
<p>1. 貪污治罪條例第5條第1項第2款之公務員利用職務上之機會詐取財物罪，仍屬詐欺罪之一種；應以行為人有意圖為自己或第三人不法所有之主觀犯意存在。故事實欄內自應就行為人是否具有「為自己或第三人不法所有之意圖」為明白認定詳加記載，始足資為適用法律之基礎。原判決於事實欄內僅認定上訴人等4人「明知公務員不得以參與私人選舉事務為由，申報加班費，竟與林王○珠……等人基於犯意聯絡，先由蕭○正指示施○寬：參加李○澤競選總部成立大會活動之員工，事後可申報加班費之旨意，施○寬隨即轉告王○權。王○權遂與陳○奴、林王○珠事先同意，凡參加上開競選總部成立大會之清潔隊員工，均可在事後依參加之時數，偽以自己在其他休假日有加班為由，申報加班費……，以此詐術向高雄市政府請領4小時或1小時不等之加班費」等語。然對於上訴人等4人究竟係意圖</p>	<p>1. 被告王○權、施○寬在上開陳述後第3日，當時其2人均經羈押禁見，在無串證可能之情形下，均翻異前供，陳明97年1月7日筆錄係不實陳述。被告王○權說明係擔心其母親健康，恐遭羈押，始做出不正確之陳述，嗣在原審法院亦詳述其當時之心路歷程。被告施○寬則說明筆錄有誤，並陳稱：「王○權未詢問我動員參加成立大會可否申報加班費，97年1月7日稱依蕭○正之指示係為拼交保、自保而所為的陳述」等語。是其2人於97年1月7日所為之陳述，是否真實，已非無疑。</p> <p>2. 被告王○權辯稱：「當時告知同仁有興趣的人可以自由去參加李○澤競選總部成立大會時……原意是為了讓那些打算加班又想參加大會之隊員，不會因為參加大會而失去加班之機會，如此才能鼓勵隊員去參加大會，又不影響隊員加班之機會」等語，非無可信。參以證人即清潔隊員林王○芬之調查筆錄經原審</p>	<p>98年11月12日最高法院98年度台上字第6603號刑事判決，刑事第4庭審判長法官張○淙、法官劉○民、法官蔡○貞、法官張○福、法官陳○文。99年1月22日高雄高分院98年度選上更(一)字第10號刑事判決無罪。</p>

最高法院	高等法院	備註
<p>為自己或第三人不法所有之主觀犯意，並未明白認定、詳細記載。</p> <p>2. 現行刑法上公務員之定義，與修正前未盡相同，構成要件亦有變更，考其修正之目的，對公務員課予特別之保護及服從義務，嚴予規範其職權之行使，係為節制使代表國家之人適當行使公權力，並避免不當擴大刑罰權之適用。其所謂「國家、地方自治團體所屬機關」，係指基於國家公權力作用，行使國家統治權之公務機關；至「法定職務權限」，則指所從事之事務，符合法令所賦與之職務權限，例如機關組織法規所明定之職務等。是被告如何仍符合現行刑法公務員之定義，自應於理由內詳為說明，始足以資論罪科刑。原判決認定上訴人等 4 人均為依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員，與同具上開公務員身分之清潔隊員工林王○珠等人共同施用詐術，於勤務管制卡上偽造上下班紀錄，並據以申領加班費未遂等情。然上訴人等 4 人及請領加班費之清潔隊員工究依</p>	<p>法院於 97 年 7 月 4 日勘驗其上開筆錄之錄音光碟結果略以：「我跟你說實話，我沒說謊，○珠是說要報，我們隊長不給她報，我隊長說不行，這加班費到哪都不能報，我隊長反對……我閒閒沒幹嘛，我自己要去的……（調查員：那 4 小時是不是○珠要補貼妳們 12 月 2 日去正○國小，將妳們報加班？）林王○芬：沒有，她跟我們說沒有要報，若有是我們報加班，隊長上司有交代。（調查員：不是要補貼妳們那個……）林王○芬：沒有」等語；足證被告王○權並無指示參加造勢大會之清潔隊員不用實際加班即可申報加班費。</p> <p>3. 檢察官依法自 96 年 11 月 22 日至同年 12 月 21 日持續對清潔隊三民東區公務用電話及隊長王○權專用公務電話、高雄市環保局局長室電話監聽，均未有上開通話內容。</p> <p>4. 原審審理時，證人即清潔隊員曾○華等均結證稱：加班須出勤實報實銷，王○權隊長是提供一個加班機會，還是要實際加班等語；證人即班長林王○珠更陳稱：「隊長是說參</p>	

最高法院	高等法院	備註
<p>據何項法令具有何種法定職務權限，而該當於現行刑法上之公務員，此攸關上訴人等 4 人是否構成貪污治罪條例之利用職務上之機會，詐取財物罪，抑或其他罪名之判斷。乃原判決並未於理由內詳予闡明論述，自有理由不備之違疏。</p> <p>3. 原判決依憑施○寬於 97 年 1 月 7 日在法務部調查局高雄市調查處詢問時及檢察官偵訊時所稱：「接到王○權電話，我說我要請示一下，我請示局長蕭○正，他說三民東區的清潔隊員事後可以找時間報加班」等語，及王○權同日所述：「我以自己辦公室的市內電話打到環保局長辦公室的市內電話詢問，是別人接的再轉接給施○寬」相符，作為認定蕭○正確有指示施○寬向王○權表示凡參加李○澤各類選舉造勢活動，均可申報加班費犯行之主要論據。然王○權、施○寬 2 人在上開陳述後第 3 日，當時均經羈押禁見，即一反前供，陳明 97 年 1 月 7 日筆錄係不實陳述。王○權說明係擔心其母親健康，恐遭羈押，始做出不正確之陳述，</p>	<p>加大會造勢的回來，就找個機會補加班，做比較輕鬆工作，讓他們把該整理的東西整理好」等語；又證人即分隊長陳○奴證稱：「隊長表示參加李○澤成立大會事後可以申報加班費，一定要實際工作才能報加班，王○權隊長不曾指示加班費請領不必實質審核」等語；證人王○全稱：「王○權隊長是說事後是不是可以報加班，意思是有參加造勢大會的人，以後有機會可以優先加班，這是班長的權限」等語；證人林○稱：「隊長說參加造勢可以報加班，但沒有具體指示，之後有疑問，曾與分隊長向隊長確認，確定是以後若有需要加班，就讓這些人優先加班，要實際工作」等語。</p>	

最高法院	高等法院	備註
<p>嗣在第一審法院亦詳述其當時之心路歷程；施○寬則說明筆錄有誤，謂：「王○權未詢問我動員參加成立大會可否申報加班費，97年1月7日稱依蕭○正之指示係為拚交保、自保而所為的陳述」等語。是其2人於97年1月7日所為之陳述，是否確如事後辯稱係圖邀交保或企求自保所致，已非無疑。況依其等陳述內容，當時王○權係以公務電話向施○寬請示，然檢察官依法於96年11月22日至同年12月21日持續對清潔隊三民東區公務用電話及隊長王○權專用公務電話、高雄市環保局局長室電話監聽，均未上有上開通話內容，亦無其等私人或公務電話之通聯紀錄（見一審六卷第82至85頁）可資補強，以確切擔保其上開陳述內容之真實性。原判決徒以：「局內內線或外線電話甚多，監聽難保掛一漏萬，不能因此排除王○權與施○寬有聯繫過」等語，推測王○權確曾循級向施○寬請示（見原判決第16頁），尚屬速斷，同有判決理由不備之疏誤。上訴意旨執以指摘原判決</p>		

最高法院	高等法院	備註
<p>違法，非無理由，而原判決上述之違背法令影響事實之確定，法院無可據以為裁判，應將原判決關於蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴利用職務上之機會，詐取財物部分撤銷，發回原審法院更為審判。</p>		
<p>1. 原判決以施○寬、王○權於97年1月7日，在法務部調查局高雄市調查處及檢察官偵查中，雖曾供述本件係依蕭○正指示，清潔隊員參加李○澤競選總部成立大會可報加班費各語，然其等於經羈押禁見後，已改稱其等之前所供不實，且其等於調查處及偵查中之上開供述，又查無其他積極證據可為補強，乃認不能證明被告等有上開被訴之犯行。</p> <p>2. 本件清潔隊員參加李○澤競選總部成立大會造勢活動，可於日後依參加時數報領1至4小時不等之加班費，係王○權於96年11月24日同仁聚餐後，以電話詢問施○寬，經施○寬向蕭○正請示獲得許可各情，業據施○寬、王○權於調查處及偵查中坦承甚詳，2人所供情節大致相符；雖未有相關之通話監聽內容可佐，但</p>	<p>1. 證人施○寬於97年1月7日在法務部調查局高雄市調查處證稱……、證人王○權於97年1月7日法務部調查局高雄市調查處證稱……陳○奴於96年12月28日檢察官偵查中證述……證人施○寬、王○權、陳○奴上開證述甚為明確，彼等3人證述情節相互吻合；而被告蕭○正為高雄市環保局局長，且被告施○寬於97年1月7日另供稱……符合行政上循級請示之程序，亦符常情……探求案情真相，本應綜合所有卷證資料，依經驗法則、論理法則而為合理之判斷，不宜將證據切割觀察，以致未能窺其全貌而失去真實。……上開證人自無捏造事實加以誣陷上司之理……相互補強利用，更使被告施○寬、王○權上開供詞獲得確信。</p> <p>2. 證人施○寬及王○權雖事後翻異前詞，王○權陳</p>	<p>99年5月28日最高法院99年度台上字第3336號刑事判決，刑事第9庭審判長法官邵○玲、法官李○道、法官孫○同、法官李○勇、法官施○堯。</p> <p>99年9月28日高雄高分院99年度選上更(二)字第3號刑事判決。</p>

最高法院	高等法院	備註
<p>得否與後述三民東區清潔隊員於上開競選造勢活動後，原已申報加班費，又於本件案發後，刪除相關之加班紀錄等證據資料，相互補強利用，而使被告等被訴之犯罪事實獲得確信，則仍待詳為調查、仔細論斷。</p> <p>3. 原判決依清潔隊員林王○芬等人之證詞，認王○權僅係提供其等加班之機會，仍須實際加班始可報領加班費，且三民東區於96年10月至12月份，加班費並無異常增加，乃認被告等均無虛報加班費之不法犯意。然本件於97年1月初之偵查中，陳○奴要求承辦人葉○莉刪除勤務管制卡有關本件虛偽之加班紀錄，由葉○莉轉而要求黃○聰劃去該虛偽紀錄後，再使林王○珠在劃去之紀錄上蓋林王○珠之小職章，致清潔隊員黃○嬌等人未領得上開虛報之加班費之情，經原判決認定無訛，足證確有清潔隊員因參加李○澤競選總部成立大會造勢活動，未實際加班即報領加班費；參酌周黃○寶等均於偵查中證稱：林王○珠向其等表示參加前揭李○澤競選</p>	<p>稱：「97年1月7日筆錄係不實陳述，係擔心其母親健康，急著想要出來，才做出不正確之陳述」云云；施○寬陳稱：「王○權沒有問我動員參加成立大會可否申報加班費，之前在1月7日時說是按照局長蕭○正的同意是為了要拼交保、自保而所為的陳述」云云，惟被告施○寬、王○權久任公務員，並非智慮淺薄之人，更無不知貪污罪責之重，渠上開供述已經自承犯罪，將來勢必面臨公務員行政懲戒甚至多年牢獄之災，豈會為圖得一時之具保在外，即自承貪污犯罪，上開翻異後之辯解，均係事後卸責迴護之詞，不足採信。</p> <p>3. 查高雄市環保局係龐大之行政機關，局內內線或外線電話甚多，監聽難保掛一漏萬，且王○權是否確使用公務電語與施○寬聯絡，或因時間經過而記憶錯誤，尚不能因此枝微末節，影舉被告王○權全盤供述之真意。</p> <p>4. 隊員若擬於96年12月2日李○澤競選總部成立當日申請加班，即可請領加班費，有何動機花費時間前往參與事不關己又</p>	

最高法院	高等法院	備註
<p>總部成立大會造勢活動，可報領加班費各語，且陳○姩、林王○珠於偵查中證稱：「是王○權表示參加李○澤總部成立大會之人可以報領加班費」等語，及其等嗣後劃除虛報加班費之情，上揭周黃○寶等人，如非經林王○珠向其等轉達上級指示意旨，表示參加前揭李○澤競選總部成立大會造勢活動，無須實際加班即可報領加班費，焉會有如起訴書所載清潔隊員均有因參加該選舉造勢活動而虛報加班費，並於事後認為不妥，予以去除報領之情事？而三民東區於96年10月至12月份加班費並無異常增加，為原判決所認定，則上揭之人似無不許依實際加班以報領加班費之理，又何有如原判決引用陳○姩、林王○珠等所辯及劉○一（高雄市環保局專門委員）之證詞，認於申報後，因工作性質較輕鬆，致認為不妥而予以除去申報之必要？實情如何，即非無推求之餘地。原審就上揭事項，未遑詳加查究釐清，遽行判決，自嫌調查職責未盡及理由欠備。</p>	<p>毫無所獲之競選大會？尤以清潔隊員多為經濟環境稍差者，若無任何經濟上之誘因，何願憑空為人助選？縱認上開清潔隊員確有熱衷政治，亟欲參與上開大會之人，本得自行調配時間依法另行加班，何須由被告王○權特別指示，甚或請求隊長特別給予加班機會之理，被告王○權上開所辯，嚴重悖於情理，顯係事後卸責之詞，毫無足採。</p>	
1. 著手於犯罪行為之實行	1. 周黃○寶等 11 名清潔隊	100 年 11 月

最高法院	高等法院	備註
<p>而不遂者，為未遂犯，刑法第 25 條第 1 項定有明文。所謂著手係指犯罪行為人對於犯罪構成要件之事實開始實行而言。貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 2 款之利用職務上之機會詐取財物罪，就詐取財物之要件而言，與刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪相同，均以行為人向行詐之對象施用詐術為實行之著手。原判決不採信被告 4 人否認指示參加 96 年 12 月 2 日李○澤競選總部成立大會之清潔隊員，可以虛報加班費之辯解，而認定蕭○正確有指示施○寬：凡參加上揭李○澤競選總部成立大會之員工，均可申報加班費云云，……囑由承辦人員葉○莉指示黃○聰刪除上開虛報之加班時數，並由林王○珠於勤務管制卡蓋章之事實；惟又以「班長填寫職工臨時加班請示單，僅在申請加班，並非請求發給加班費之意，仍需核准後實際加班始得請求加班費，而填寫加班請示單雖經核准，嗣因故未能加班，若未予申請加班費，更無不實之問題。……據此製作印領冊，輾轉發文送交局本</p>	<p>員並持勤務管制卡打卡，登錄虛偽之加班紀錄，及由新任班長黃○聰依上揭加班費申請流程表所定程序，於次月即 97 年 1 月初核算渠等 96 年 12 月份加班總時數，登載於上開勤務管制卡下方，然後送至清潔分隊加班費承辦人員葉○莉處。被告蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴所指示之周黃○寶等 11 名清潔隊員即加班費之請領人，為詐領加班費，既已向服務單位打卡，登錄不實之加班紀錄，並由清潔隊班長核算加班總時數後送至渠等所屬分隊，則被告蕭○正、施○寬、王○權、陳○奴及周黃○寶等 11 名清潔隊員，即已對被害機關即高雄市環保局著手於施用詐術之行為，洵可認定。</p> <p>2. 證人施○寬於 97 年 1 月 7 日在法務部調查局高雄市調查處證稱……、證人王○權於 97 年 1 月 7 日法務部調查局高雄市調查處證稱……陳○奴於 96 年 12 月 28 日檢察官偵查中證述……彼等 3 人證述情節相互吻合……被告王○權乃轉知告三民東區隊部分隊長陳○奴及班長林王○珠等人</p>	<p>24 日最高法院 100 年度台上字第 6541 號刑事判決，刑事第 5 庭審判長法官邵○玲、法官李○道、法官李○同、法官李○勇、法官李○興。</p> <p>101 年 4 月 27 日高雄高分院 100 年度重選上更(三)字第 1 號刑事判決。</p>

最高法院	高等法院	備註
<p>部會計室辦理核銷付款時，始有請求機關交付加班費之意，而得謂係實行施用詐術使人交付財物之構成要件行為。亦即於虛報加班費之情形，填寫職工臨時加班請示單及登錄員工勤務管制卡加班時數之行為，因尚未達於向機關請求交付加班費之階段，僅為詐取財物之預備行為甚明」等由，認被告4人上揭行為，僅止於著手階段前之準備行動，因貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務機會詐取財物罪，並無處罰預備犯之明文，自不能遽以未遂犯罪論擬，而為被告4人有利之論斷。然查，依原判決所援引證人葉○莉於第一審所證述，及卷附由陳○奴、王○權分別提出之清潔隊加班費申請流程表所載（見第一審卷第1宗第184頁、第2宗第71頁），清潔隊員工申請加班費之流程，係先由所屬班長事先填寫加班請示單，註明日期、時間、加班事由、人員，送分隊長審核，再由隊長核章。隊長核章後，加班人員依加班請示內容進行加班，班長指揮工作，並打卡上下</p>	<p>動員……事後可以申請4個小時的加班費等過程，符合行政上循級請示之程序，亦符常情。……依經驗法則、論理法則而為合理之判斷，不宜將證據切割觀察，以致未能窺其全貌而失去真實。</p> <p>3. 且佐以南掃路班所屬之黃○嬌、周黃○寶、林王○芬、李林○珠、黃○娥、郭蔡○玉、郭○長等7人於96年12月5日下午1至5時，陳張○英、張○鳳、李黃○香、吳○順等4人，於96年12月4日上午10至11時，均未工作，卻仍申請臨時加班或延長工時之事實。復參以……本件案發後，被告陳○奴即指示刪除相關之加班紀錄，而若上開隊員確有加班，何需刪除相關紀錄等各項情節，相互補強利用，更使被告施○寬、王○權上開供詞獲得確信。</p> <p>4. 證人施○寬及王○權雖事後翻異前詞，王○權陳稱：「上開97年1月7日筆錄係不實陳述，係擔心其母親健康急著想要出來，才做出不正確之陳述」云云；施○寬陳稱：「王○權沒有問我動員參加成立大會可否申報加班費，之前在1月7日</p>	

最高法院	高等法院	備註
<p>班。待隔月加班費請領時，先由班長初步核算加班時數，交由業務隊員核對，並製作印領清冊交分隊長、隊長逐級審核、核准，再發文將印領清冊送交高雄市環保局第三科辦理，高雄市環保局第三科於彙整各區隊加班總量及審查核對後，再送會計室核對預算科目，不得超過年度預算，再經專門委員代為批准決行，始送會計室核銷付款等情，如果無訛，本件黃○嬌等 11 名清潔隊員係加班費請領之行為人，而高雄市環保局係其等請領加班費之對象，班長林王○珠，既已依被告 4 人之指示，為黃○嬌等 11 名清潔隊員申請於上開時段加班，填寫 96 年 12 月份職工臨時加班請示，黃○嬌等 11 名清潔隊員並持勤務管制卡打卡，登錄虛偽之加班紀錄，及由新任班長黃○聰依上揭加班費申請流程表所定程序，於次月即 97 年 1 月初核算其等 96 年 12 月份加班總時數，登載於上開勤務管制卡下方，然後送至分隊加班費承辦人員葉○莉處。則被告 4 人所指示之黃○嬌等 11 名清潔隊員即加</p>	<p>時說是按照局長蕭○正的同意，是為了要拼交保而所為的陳述」云云。惟被告施○寬、王○權久任公務員，並非智慮淺薄之人，更無不知貪污罪責之重，渠等上開供述已經自承犯罪，將來勢必面臨公務員行政懲戒甚至多年牢獄之災，豈會為圖得一時之具保在外，即自承貪污犯罪。由此，足認施○寬、王○權上開翻異後之辯解，均係事後卸責、迴護之飾詞，不足憑採。</p> <p>5. 清潔隊員工在 45 小時內之加班，不必經蕭○正批示，固屬事實，然此係指依法報領加班費之情形而言，而本件係違法之報領加班費，被告王○權、施○寬不敢擅自做主，而循序請示上級，並不違反常情。</p>	

最高法院	高等法院	備註
<p>班費之請領人，為詐領加班費，既已向服務單位打卡，登錄不實之加班紀錄，並由清潔隊班長核算加班總時數後送至其等所屬分隊，得否謂被告4人及黃○嬌等11名清潔隊員，尚未對被害機關著手於施用詐術之行為？即待釐清。</p>		

資料來源：本院整理。