

# 臺灣高等法院臺中分院刑事判決

112年度原上訴字第55號

上 訴 人

即 被 告 林建堂

0000000000000000

0000000000000000

0000000000000000

選任辯護人 吳政憲律師

上 訴 人

即 被 告 謝震宇

0000000000000000

0000000000000000

0000000000000000

選任辯護人 陳鴻謀律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等案件，不服臺灣臺中地方法院111年度原訴字第69號中華民國112年6月13日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署110年度偵字第12532、20661、28450、29282號、111年度偵字第10064號），提起上訴，本院判決如下：

## 主 文

原判決關於林建堂以及謝震宇如其附表編號1-7所示罪刑、沒收部分均撤銷，發回臺灣臺中地方法院。

## 理 由

- 一、本案原審判決後，上訴人即被告林建堂、謝震宇（下稱被告林建堂、謝震宇）均提起全部上訴，嗣被告謝震宇於民國112年11月21日審判期日，當庭撤回原判決犯罪事實□（即其附表編號8之洩漏關於中華民國國防以外應秘密消息罪）部分之上訴（本院卷第157、164頁），是原審判決關於被告謝震宇犯罪事實□部分已確定，不在本案審判範圍，合先敘明。
- 二、法官迴避制度目的有二，其一在確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突解釋；其二是要求法

官避免因先後參與同一案件上下級審判及先行行政程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義。故法官迴避制度乃確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨所不可或缺，屬憲法第16條訴訟權保障之核心內容，如有違反，即屬刑事訴訟法第379條第2款所列當然違背法令事由。又為貫徹重大強制處分採取法官保留原則之趨勢與要求，兼顧審查之時效性與專業性，105年6月22日法院組織法第14條之1第1項增訂：

「地方法院與高等法院分設刑事強制處分庭，辦理偵查中強制處分聲請案件之審核」規定，同時於第2項規定：「承辦前項案件之法官，不得辦理同一案件之審判事務。」上開條文係照立法院黨團協商通過，而依該協商之審查會通過之條文對照表說明所載，上開第2項規定乃係因應法官曾參與先前偵查中強制處分之程序，而對案情有所知悉並作成決定，恐有預斷，為維護法官中立性功能，並貫徹公平審判原則，所增列應行迴避之特別規定，核屬刑事訴訟法第379條第2款所稱「依法律」應迴避之法官，如未迴避而參與審判，自屬違法（最高法院110年度台上字第3037號刑事判決意旨參照）。又刑事訴訟上所稱之訴訟行為（包括法院、訴訟當事人、第三人）係指符合法定要件且足以發生訴訟上原有效果之行為，當訴訟行為發生瑕疵時，於當事人未異議、對被告權益未生影響、訴訟經濟之考量等情形下，或可藉由事後補正、追認及後續訴訟之接續進行，而受治癒或視同治癒，然並非所有之瑕疵訴訟行為均可獲得治癒，觀諸刑事訴訟法第379條第1款之法院組織不合法、第2款之應迴避之法官參與審判、第13款之未參與審理之法官參與判決，因違反法官保留原則、公平法院原則等基本之刑事訴訟原則，屬嚴重違背程序之重大瑕疵，侵害被告訴訟權，不能認因上訴於上級法院審判，或由第二審將第一審判決違法或不當部分撤銷，就該案自為判決，而得以補正或治癒（最高法院89年度台上字第1877號、109年度台上字第3604號刑事判決意旨參照）。

三、經查，原審法院審判長前曾參與起訴前被告謝震宇本案偵查中聲請羈押抗告案件（本院110年度偵抗字第472號）之審核，為該案件之受命法官，並作成裁定，有上開案卷可稽，

依法院組織法第14條之1第2項規定，其不得辦理同一案件之審判事務，另審之檢察官於上開偵查羈押案件聲請書（見原審110年度聲羈字第208號卷第5-25頁），詳載被告謝震宇受共同被告林建堂指示擔任白手套，共犯如原審判決犯罪事實□(一)~(七)之聲請羈押犯罪事實，並臚列相關供述、非供述證據，則原審法院審判長對於被告林建堂之案情亦已知悉而有預斷，檢察官於本案並將被告林建堂、謝震宇合併偵查起訴，客觀上足以使一般人懷疑法官已經具有主觀預斷成見，而難以維持公平審判之外觀及裁判之公信力，復為避免裁判矛盾以及訴訟經濟之要求，解釋上應認本案被告林建堂部分，亦屬上開法文所稱「同一案件」之涵攝範圍，同應迴避。則原審法院審判長未依法迴避，參與本案之審判，依首揭說明，其判決為當然違背法令，且有礙當事人受法院公平審判之訴訟權利，侵害審級利益，應認屬訴訟行為嚴重違背程序之重大瑕疵。

四、再者，第二審法院就上訴有理由或雖無理由但原判決不當、違法者，除因原審判決諭知管轄錯誤、免訴、不受理係不當而撤銷之情形，得發回原審外，原則上應撤銷原審判決並自為判決，固為刑事訴訟法第369條第1項但書所明定。惟本院考量刑事訴訟法第369條第1項但書規範目的，在於維護當事人之審級利益，蓋原審諭知管轄錯誤、免訴、不受理之判決，因未經實質審理，等同缺少一個審級之利益，故有發回原審審理之必要，而本案原審判決由依法律應迴避之法官參與審判，所踐行訴訟程序違背法令，剝奪被告2人所應享有之憲法上正當法律程序保障，實質損害當事人審級利益，有訴訟程序之重大瑕疵，且難認此項重大瑕疵得因上訴而補正或治癒，與刑事訴訟法第369條第1項但書所定「諭知管轄錯誤、免訴、不受理之判決」等未經第一審實質審理而缺少一個審級之情形相當，認有維持審級利益，依刑事訴訟法第369條第1項但書立法精神及規範目的，將本案發回原審法院更為適法裁判之必要。

五、綜上所述，原審判決上開部分由應迴避之法官參與審判，所踐行訴訟行為存有重大瑕疵，無法因上訴本院而得以治癒或

視同治癒，且不利於被告，被告林建堂、謝震宇上訴意旨雖均未指摘及此，然此為本院依職權調查事項，原判決附表編號1至7所示部分既有前開違誤，為維護當事人審級利益，應由本院將原判決關於被告林建堂、謝震宇此部分均予撤銷，發回原審法院，另為適法之處理。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項但書，判決如主文。

本案經檢察官楊植鈞提起公訴，檢察官劉家芳到庭執行職務。

中 華 民 國 113 年 2 月 20 日

刑事第十庭 審判長法官 陳 宏 卿

法 官 楊 陵 萍

法 官 林 美 玲

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官 趙 郁 涵

中 華 民 國 113 年 2 月 20 日