

# 最高法院刑事具有參考價值之裁判要旨暨裁判全文

## 目錄

### 裁判要旨

一、106 年度台上字第 283 號.....	3
二、106 年度台上字第 3122 號.....	4
三、106 年度台上字第 3327 號.....	7
四、106 年度台上字第 3352 號.....	8
五、106 年度台上字第 3466 號.....	10
六、107 年度台上字第 275 號.....	11
七、107 年度台上字第 1572 號.....	13
八、107 年度台上字第 3164 號.....	14
九、107 年度台上字第 3369 號.....	15
十、107 年度台上字第 3407 號.....	16
十一、107 年度台上字第 3430 號.....	18
十二、107 年度台上字第 3568 號.....	22
十三、107 年度台上字第 3786 號.....	24
十四、107 年度台上字第 3837 號.....	26
十五、107 年度台上字第 3884 號.....	27
十六、107 年度台上字第 3910 號.....	29
十七、107 年度台上字第 3919 號.....	31
十八、107 年度台非字第 143 號.....	32

### 裁判全文

106 年度台上字第 283 號.....	37
106 年度台上字第 3122 號.....	45
106 年度台上字第 3327 號.....	59

106 年度台上字第 3352 號.....	84
106 年度台上字第 3466 號.....	95
107 年度台上字第 275 號.....	104
107 年度台上字第 1572 號.....	109
107 年度台上字第 3164 號.....	116
107 年度台上字第 3369 號.....	125
107 年度台上字第 3407 號.....	135
107 年度台上字第 3430 號.....	140
107 年度台上字第 3568 號.....	145
107 年度台上字第 3786 號.....	151
107 年度台上字第 3837 號.....	156
107 年度台上字第 3884 號.....	159
107 年度台上字第 3910 號.....	164
107 年度台上字第 3919 號.....	167
107 年度台非字第 143 號.....	170

一、106 年度台上字第 283 號（裁判書全文）

（一）立法委員有（一）、議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。（二）、立法院各委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢；立法院開會時，關係院院長及各部、會首長得列席陳述意見。（三）、立法委員在開會時，有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權，憲法第 63 條、第 67 條第 2 項、第 71 條、憲法增修條文第 3 條第 2 項第 1 款規定甚明。查立法委員基於代議民主制度，在議場內行使上開法定職權之提案、審議、質詢等議會活動，固屬其職務行為，至於為行使上開職權，而在議場外從事譬如召開協調會、具名發函要求說明報告、開會前拜會、議場中休息協商等準備工作或輔助行為者，仍具有公務外觀，且與其上開職務行為有直接、密切之關係，自亦屬其職務上之行為。

（二）依原判決確認之事實，上訴人等人受何○鋒等人之請託，並約定一定金錢為對價，以立法委員張○財之名義，傳真行文給金管會，要求金管會所轄之證期局人員到其國會研究室說明○○公司炒股被調查一案，證期局之主管及承辦人因而數度準備相關資料至該國會研究室報告、說明，范○安、張○方於該國會研究室內要求須於一週內結案，而其傳真給金管會之函文內容為「主旨：茲為問政之需要，敬請貴委員會協處證期局針對『○○晶體科技公司』案，於明（4/14）上

午十時至本席研究室說明。註：本案因日前遭黑函空襲，致使股價震盪，影響投資人信心，甚已波動整體股市交易正常化，倘本案調查無具體事證，敬請停止本案所有函調行動，以恢復該公司正常運作。」依此觀之，上訴人等顯係行使立法委員之職權，其於行使職權時收受賄款，已侵害職務行為之廉潔性與公正性及社會一般信賴，原判決因認所為係犯貪污治罪條例第5條第1項第3款之罪，自無違法。

參考法條：貪污治罪條例第5條第1項第3款。

## 二、106 年度台上字第 3122 號（裁判書全文）

- （一）刑事訴訟法第 154 條第 2 項前段規定犯罪事實應依證據認定之，此所指「犯罪事實」係與犯罪行為之過程、行為之罪責及刑度高低有關之實體法上事實，對該實體事實之認定，須以法律上具有證據能力且經合法調查程序之證據予以嚴格證明始可。至於其他關於訴訟法上之事實，例如與訴訟條件有關之事實及影響證據證明力消長之事實（輔助事實），乃以自由證明為已足，祇要係適法取得之證據，縱未具有證據能力，亦非不得作為彈劾性或補助性證據使用，且亦不須經嚴格法定調查證據之方式為之。又證人陳述時之心理狀態，係屬證人有無陳述能力之範疇，乃訴訟法上之事實即輔助事實，而非刑事訴訟法第 154 條第 2 項前段所指須嚴格證明之犯罪事實。該輔助事實是否存在，以經自由證明為已足，並不以具有證據能力之證據為限，或經合法調查為必要。

(二) 公務員貪污罪之不法核心內涵係公務員對於國家忠誠義務之違反。故貪污治罪條例之立法宗旨即在於確保公務員執行職務之公正，禁止公務員因受金錢或其他不正利益之污染，而影響其執行職務之公正性，俾使公務員執行職務具有不可收買之純潔性，而兼有維護公務員廉潔之作用。又貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款之公務員對於職務上之行為收受賄賂罪，此之所謂「職務上之行為」，應依上開立法旨趣從廣義解釋，係指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為而言。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限及一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其固有職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬其職務行為之範疇，包括由行政慣例所形成，及習慣上所公認為其所擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及其附隨之準備工作與輔助事務均屬之，始符合上開條例設立之宗旨。依憲法第 63 條及立法院職權行使法規定，立法院除議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權外，亦包括議案審議、聽取總統國情報告、聽取報告與質詢、同意權之行使、覆議案之處理、不信任案之處理、彈劾案之提出、罷免案之提出及審議、文件調閱之處理、委員會公聽會之舉行、行政命令之審查、請願文書之審查、黨團協商等職權。而憲法第 67 條第 2 項及憲法增修條文第 3 條第 2 項第 1 款亦規定立法院所設各種委員會得邀請政府人員與社會上有關係人員到會備詢，及立法委員在開會時有向行政院院長及行政院

各部會首長質詢之權。再依立法院組織法第 7 條、立法院各委員會組織法第 2 條及立法院程序委員會組織規程第 5 條第 1 項第 3 款規定，立法院所設各種委員會除審查該院交付各委員會之議案及人民請願書，並得於每會期開始時，邀請相關部會作業務報告，並備質詢，於審查議案後提報院會決定。是立法委員在立法院各委員會內對行政機關提案，係基於憲法賦予之職權範圍內之行為，本屬立法委員職務上應為之行為。而立法院內雖設各種委員會處理不同之事務，此僅係立法院為有效處理議事所為之分配，不得僅因立法委員分屬於不同委員會而否定其仍可藉由透過其他委員會委員名義代為提案之權力。因此立法委員在立法院院會、各委員會、委員會公聽會及黨團協商所為提案、連署、審議、質詢等議事活動，均屬憲法賦予立法委員之固有職權。惟一般人民請願，除依立法院各委員會組織法之規定向立法院提出請願書外，亦有以向立法委員提出陳情書之方式為之。立法委員就人民向其陳情之事項，以立法委員國會辦公室名義召開協調會之方式，邀請與其所掌理法律、預算等議案及質詢與備詢有關之行政機關派員出席者，受邀之行政機關依行政慣例及習慣，原則上均會予以尊重而派員出席參與立法委員主持之協調會，該以立法委員國會辦公室名義，邀請相關行政機關派員出席協調會之行為，除已具有公務行為之外觀外，且與憲法賦予立法委員議決、審查、質詢及備詢等主要職務有密切關聯性，亦屬其職務範圍內得為之行為，此均在貪污治罪條

例第 5 條第 1 項第 3 款收受賄賂罪之構成要件「職務上之行為」之文義涵攝範圍內。

參考法條：刑事訴訟法第 154 條第 2 項、第 155 條第 2 項。

貪污治罪條例第 5 條第 1 項第 3 款。

### 三、106 年度台上字第 3327 號（裁判書全文）

政府採購法之立法宗旨在於建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，以確保採購品質；其雖將採購內容分為工程、財物及勞務等 3 種採購，然此僅係便於分類管理，以提升採購效能，與貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款之收受回扣及舞弊罪，其適用範圍之認定並無重要關聯。而上開罪名中所稱「公用工程」除實體建造工程外，在解釋上尚應包括與實體工程密切不可分之設計及監造部分。蓋工程設計、監造部分與實體工程在採購程序上雖可分開處理，但就整體公用工程之完成與品質而言，均屬重要而不可或缺之一環。尤其設計部分，關係公用工程之結構、用料、施工方法（包括技術規格等）與完成，為公用工程重要之前置性作業，而監造部分則係對工程施工方法、用料及工程品質加以監督，以防止用料不當或未按圖施工，二者對於公用工程之品質與大眾利益與安全均具有密切之關聯，其重要性並不亞於實體工程之經辦與公用器物之採購，基於維護公用工程之品質，以保障公眾之利益、安全，並導正公務員經辦公用工程之廉潔性，自應將工程設計、監造部分，與實體工程部分一併同視為公用工程整體不可分割之一部分，而同受上述罪名之規範，方屬無違貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款收受工

程回扣罪之立法目的。原判決雖依據「重罪構成要件嚴格解釋」之刑法原則，將公用工程之實體工程部分與相關設計監造部分予以區隔，認貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款所稱之「經辦公用工程」，僅限於實體工程，並不包括相關設計、監造部分在內，而將公務員就公用工程其中設計、監造部分收受廠商回扣之行為，改論以同條例第 5 條第 1 項第 3 款之（公務員）不違背職務收取賄賂罪，然並未詳細審酌及說明其此項區隔及限縮法律適用之結果，是否真正符合貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款所規定收受工程回扣罪之文義解釋及其立法旨趣，遽為上開論斷，尚嫌理由欠備。

參考法條：貪污治罪條例第 4 條第 1 項第 3 款。

#### 四、106 年度台上字第 3352 號（裁判書全文）

- （一）複數行為人以共同正犯型態實施特定犯罪時，除自己行為外，亦同時利用他人之行為，以遂行自己之犯罪，從而共同正犯行為階段如已推進至「著手實施犯行之後」，脫離者為解消共同正犯關係，不僅須停止放棄自己之行為，向未脫離者表明脫離意思，使其瞭解認知該情外，更由於脫離前以共同正犯型態所實施之行為，係立於未脫離者得延續利用之以遂行自己犯罪之關係，存在著未脫離者得基於先前行為，以延續遂行自己犯罪之危險性，脫離者自須排除該危險，或阻止未脫離者利用該危險以續行犯罪行為時，始得解消共同正犯關係，不負共同正犯責任。易言之，複數行為人遂行犯罪時，較諸於單獨犯型態，由於複數行為



人相互協力，心理上較容易受到鼓舞，在物理上實行行為亦更易於強化堅實，對於結果之發生具有較高危險性，脫離者個人如僅單獨表示撤回加功或參與，一般多認為難以除去該危險性，準此，立於共同正犯關係之行為，複數行為人間之各別行為既然具有相互補充、利用關係，於脫離之後仍殘存有物理因果關係時固毋待贅言，甚於殘存心理因果關係時，單憑脫離共同正犯關係之表示，應尚難足以迴避共同正犯責任，基於因果關係遮斷觀點，脫離者除須表明脫離共同正犯關係之意思，並使未脫離者認清明瞭該情外，更須除去自己先前所為對於犯罪實現之影響力，切斷自己先前所創造之因果關係（即須消滅犯行危險性，解消脫離者先前所創造出朝向犯罪實現之危險性或物理、心理因果關係效果，如進行充分說服，於心理面向上，解消未脫離共犯之攻擊意思，或撤去犯罪工具等，除去物理的因果性等），以解消共同正犯關係本身，始毋庸就犯罪最終結果（既遂）負責，否則先前所形成之共同正犯關係，並不會因脫離者單純脫離本身，即當然解消無存，應認未脫離者後續之犯罪行為仍係基於當初之共同犯意而為之，脫離者仍應就未脫離者後續所實施之犯罪終局結果負共同正犯責任。

- （二）綜合卷內證據，高○翔就附表 1 編號 1、2、3、5、7 部分，參與興安機房犯罪，已推進至著手實施加重詐欺取財犯行之後，雖於 103 年 10 月 20 日因收到兵單而脫離興安機房，但依其供述僅係單純離開，並未採取防止犯行繼續發生之措置等語，既未為拭去先前所

創造出犯行促進作用或解消基於先前所形成共同正犯關係之心理、物理影響力之行為，參照前開說明，縱上開各編號被害人受騙匯款時間係在高○翔脫離興安機房之後，高○翔就附表 1 編號 1、2、3、5、7 部分，仍應就張○堯後續所實施之加重詐欺取財罪結果，負共同正犯責任。

參考法條：刑法第 27 條、第 28 條。

#### 五、106 年度台上字第 3466 號（裁判書全文）

（一）刑法第 190 條之 1（業於 107 年 6 月 13 日修正公布，本件無新舊法比較適用問題）第 2 項之因事業活動而放流毒物罪，係以投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物，而污染空氣、土壤、河川或其他水體，致生公共危險為其犯罪構成要件。所謂「致生公共危險」，指在客觀上已有發生具體公共危險之事實存在為必要，即採具體危險犯之立法規定，其具體危險之存否，自應依投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物，其污染之體積、面積、數量，及污染行為是否明顯威脅不特定多數人生命、身體、健康或財產，依社會一般之觀念，綜合予以判斷。

（二）王○彬、林○隆反覆長期排放未經處理或處理不完全之電鍍廢水行為，已造成洋仔厝溪及以洋仔厝溪引灌之周圍農地重金屬污染，其中重金屬銅、鋅均超過食用作物農地之土壤污染管制標準，造成稻米或其他農作物不得食用，或因長期食用後危害健康之高度可能；且違法排放廢水之時間甚長、水量及有毒重金屬含

量均高，而所排放之洋仔厝溪為全體國民之公共財，因溪流具流動性、開放性，洋仔厝溪遭污染後，從事農事、漁撈之國民因接觸水體，甚至一般民眾偶然接觸水體或底泥，即有可能，王○彬、林○隆將未符合放流水標準之電鍍廢水（液）排放至洋仔厝溪，污染河川水體及底泥，已具體對公共安全構成危害，而致生公共危險。

參考法條：刑法第 190 條之 1。

#### 六、107 年度台上字第 275 號（裁判書全文）

（一）貪污治罪條例中關於共同經辦公用工程浮報舞弊而收取犯罪所得，通常極為隱密，彼此之間若欠缺一定之信賴關係，多不敢冒然從事，為填補、建立此一信任關係，復有所謂中間角色即俗稱「白手套」出現，且因其犯罪態樣之特殊隱密性，常會輾轉多人之手，而不易查清其資金流向，是在此類犯罪類型因部分共同被告或證人等已明白供稱犯罪不法所得之流向後，如無積極事證足以證明共同正犯中之一人或「白手套」確有取得犯罪所得或轉交其他共同正犯，而在其他共同正犯犯罪、但無法調查各自分受犯罪所得之情形，基於各共犯實際犯罪利得分別沒收之分配追徵法理，即應就其他共同正犯平均分擔沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，則以其等之財產平均分擔追徵其價額。

（二）原判決以本案犯罪所得為 5,367,417 元（第一次估驗浮報 3,160,696 元+第二次估驗浮報 2,206,721 元

=5,367,417 元)，其中第一次估驗款 7,176,342 元由林○榮及陳○雯（經第一審通緝中，係陳○財之女）分得，林○榮實際領得 500 萬元，為新做中山路排水溝之工程款，並非本件工程之犯罪所得；第二次估驗款 7,616,365 元則由陳○雯全數分得等由，因認本案犯罪所得全為陳○雯取走，上訴人 7 人並未分得犯罪所得，均毋庸諭知沒收。惟就第二次估驗款 7,616,365 元，雖係由陳○雯指派之證人黃○德陪同同案被告張○基以林口鄉公所之公庫支票提領現金後，先存入其女友黃○菁名下之臺灣銀行○○分行○○○○○○號帳戶，再轉匯入陳○雯所指定之帳戶，然陳○雯係鄉長陳○財之女，是否擔任「白手套」代陳○財領走上開款項？又原審所認定自黃○菁上開臺灣銀行○○分行帳戶再轉匯入之陳○雯所指定帳戶，依卷內匯款單據及證人黃○德於法務部調查局臺北縣調查站詢問所述，係由黃○德於 94 年 5 月 3 日分匯臺北國際商業銀行（已併入永豐商業銀行）○○分行之周○龍帳戶 150 萬元、臺北國際商業銀行○○分行之曾○珠帳戶 328 萬元及臺中商業銀行○○分行之陳○雯帳戶 313 萬元，乃原審就上開各該轉匯款項其後之確實去向，未為必要之說明論述，徒以上開款項曾轉匯進入陳○雯所指定之他人及其本人之帳戶，即認定本案犯罪所得全歸陳○雯所實際分得，陳○財等人均未分得犯罪所得毋庸分擔沒收，而未翔實調查認定陳○財或其他上訴人分擔之犯罪所得各為若干，於其各自分受之利得範圍內宣告沒收或追徵，亦有調查未

盡及理由不備之違法。

參考法條：刑法第 38 條之 1。

七、107 年度台上字第 1572 號（裁判書全文）

共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，應就各人所分得之數為之。倘若共同正犯內部間，對於不法利得分配明確時，應依各人實際分配所得宣告沒收；若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收；然若共同正犯各成員對於不法利得享有共同處分權限，惟彼此間分配狀況未臻具體或明確，自應負共同沒收之責，所謂負共同沒收之責，參照民法第 271 條「數人負同一債務，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔之」，民事訴訟法第 85 條第 1 項前段「共同訴訟人，按其人數，平均分擔訴訟費用」等規定之法理，即係平均分擔之意，且不因部分共同正犯已死亡，而影響、增加其他共同正犯所應負擔之沒收責任範圍（即已死亡之共同正犯，亦應列入共同、平均分擔之人數計算），至於已死亡之共同正犯應沒收之犯罪所得（即平均後其應負之數額），已因繼承發生而歸屬於繼承人所有，於事實審言詞辯論終結前，或由檢察官依法向法院聲請對繼承人宣告沒收，或於法院認有必要時，依職權裁定命繼承人參與沒收程序；或若無可包含或附隨之本案訴訟裁判，而有沒收之必要時，亦可由檢察官向法院聲請對繼承人單獨宣告沒收，要屬另一問題。

參考法條：刑法第 38 條之 1。

#### 八、107 年度台上字第 3164 號（裁判書全文）

刑法第 10 條第 2 項第 1 款之立法理由明示，依政府採購法規定之各公營事業之承辦、監辦採購等人員，均屬該款後段之其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限之公務員。又依行政院公共工程委員會依政府採購法第 112 條規定之授權，訂定發布採購人員倫理準則，所稱採購人員，係指機關辦理政府採購法採購事項之人員，即包括處理訂定招標文件、招標、開標、審標、比價、議價、決標、訂約、履約管理、驗收及爭議處理之人員。而依政府採購法辦理採購，自招標、決標（包含開標、投標、審標）、履約管理（包含訂定採購契約、對工程採購之分段查驗）至驗收，均屬完成採購作業之各階段行為，具有連貫性，不容任意予以割裂。雖現行政府採購法就採購機關與廠商間就有關採購事項所生之爭議，依是否已經訂約而異其處理程序，即就招標、審標、決標等訂約前之作為，以異議、申訴等行政爭訟程序救濟，申訴審議判斷視同訴願決定；訂約後之履約爭議，則以調解或仲裁等程序解決。其中關於招標、審標、決標等階段爭議之申訴審議判斷視同訴願決定，固應認均係執行公權力之行為；然機關於訂約後與廠商間之履約爭議（包括履約管理及驗收），依民國 91 年 2 月 6 日修正前政府採購法第 74 條規定，原亦得適用異議、申訴程序解決，嗣該法於 91 年 2 月 6 日修正時，雖就履約爭議修正為以調解、仲裁程序解決，惟其立法意旨僅在於使救濟制度單純化，並避免原規定履約或驗收之爭議，得由得標廠商自由選擇適用申訴程序或仲裁、起訴，將造成救濟體系積極衝突，實有不宜，爰予刪除

（見該法第 74 條修正理由）；則此之修正，乃立法者基於晚近行政事務態樣日益複雜，對於某類行政事項處理結果，應如何定其爭訟途徑，而單純從簡化救濟程序上之考量所為之技術性規定而已。此種區分，使出自同一採購行為之爭議，強分為須依兩種不同之爭訟程序以求救濟，是否適當，已不無爭議。再參諸前揭刑法修正立法理由之說明，依政府採購法規定之公營事業承辦、監辦採購等人員，既均屬修正後刑法第 10 條第 2 項第 1 款後段之「授權公務員」，亦無僅因前揭處理爭議之救濟程序上之便宜規定，即進而強行區分其承辦、監辦前階段之招標、審標、決標等人員，始屬刑法上之公務員，而後階段之履約、驗收等承辦、監辦人員，則否定其為刑法上公務員，而致原本同以依法令從事公共利益為前提之群體事務（即公共事務）定其主體屬性之體系，因此割裂而異其適用之理。是採購案倘應適用政府採購法時，已非純粹之私法關係，仍屬具有法定職務權限之公共事務。

參考法條：刑法第 10 條第 2 項第 1 款。

## 九、107 年度台上字第 3369 號（裁判書全文）

- （一）犯罪行為內容不一，各有其特殊性，此項特殊事實，僅參與犯罪之人所得體驗，即學說上所稱行為之秘密性。而被告之所以任意自白犯罪，其動機有出於自責悔悟者，有因心生畏怖或圖邀寬典者，亦有蓄意頂替或別有企圖者，故如要判定被告自白之真偽，不僅應查證其自白內容，是否已暴露行為之秘密性，有無其他補強證據，更應詳察其自白之動機、取得自白之過

程等情況，始足以發現真實。

(二) 本件原判決雖認定李○治已於歷審中自白上開故意對兒童犯傷害致人於死罪行，惟李○治於第一審中，曾供稱：我（祇）毆打李○凱的屁股及手腳而已等語；於原審中，亦供稱：一開始會認罪，是因為有打小孩（指李○凱），但我不知道這樣做，李○凱會死亡；我並沒有傷害致死，我會承認傷害致死，那是我的法扶律師「律見」我的時候，問我要不要認（罪），並說我太太已經認（罪）了，就算我不認（罪），我也跑不掉，事實上，我並沒有用木棍打小孩（指李○凱），李○凱過世時，身上是沒有傷痕的等語。似見李○治於歷審中，並非毫無爭執其自白之真實性；再參諸李○治於警詢及偵查中，一再否認有傷害李○凱致死犯行，則李○治是否完全自白此部分犯行，容非無疑。究竟李○治為上開自白，出自如何之動機？是由於外部之刺激，抑內部心理過程之發展？被告任意自白前、後及自白時之態度暨當時之情況，又是如何？以上諸端，對於判定被告自白之真實性，至有影響，且於公平正義之維護具重要之關係，原審未詳為查證剖析明白，尚非允洽。

參考法條：刑事訴訟法第 156 條第 1 項。

#### 十、107 年度台上字第 3407 號（裁判書全文）

憲法第 12 條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。國家採取限制手段時



，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨（司法院釋字第 631 號解釋參照）。我國因此就通訊監察及通訊紀錄等事項，特制定通訊保障及監察法（下稱通保法）以為規範。又通保法的立法目的，依該法第 1 條規定，係為保障人民秘密通訊及隱私權不受非法侵害，並確保國家安全，維護社會秩序而制定。但為落實人權保障，該法於 96 年 6 月 15 日修正時，增訂第 5 條第 4 項、第 5 項，規定：「執行機關應於執行監聽期間，至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。」使執行機關應擔負於通訊監察期間，提出報告之義務，若發現無通訊監察之必要時，得由法院撤銷通訊監察書，儘早停止通訊監察，以維人權，並明定違反該條之相關規定，所執行監聽取得之證據，應予排除（見該條項修正立法理由），且於同年 7 月 11 日公布，並自公布後 5 個月施行；嗣為更嚴厲防止濫權監聽、浮濫申請、草率核准通訊監察等情形，俾進一步確實保障人權，復於 103 年 1 月 14 日，將該法第 5 條第 4 項、第 5 項修正為：「執行機關應於執行監聽期間內，每十五日至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。檢察官或核發通訊監察書之法官並得隨時命執

行機關提出報告。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」「通訊監察書之聲請，應以單一監察對象為限，同一偵、他字或相牽連案件，得同時聲請數張通訊監察書。」另增訂第 18 條之 1，該條第 3 項復規定：「違反第五條、第六條或第七條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第十七條第二項規定予以銷燬。」嗣於同年月 29 日公布，並自公布後 5 個月施行。此項證據排除規定，既無但書或附加例外，又未授權法院作個案判斷其違法情節是否重大，顯然立法者係有意採取更為嚴格的態度，以釜底抽薪方式，抑制不法調查作為，將違反上開規定進行監聽所取得之證據，悉予排除；且經核此性質，即為刑事訴訟法第 158 條之 4 所稱「法律另有規定」的情形，自應優先適用。

參考法條：中華民國憲法第 12 條。

通訊保障及監察法第 1 條；第 5 條第 4 項、第 5 項；第 18 條之 1 第 3 項。

刑事訴訟法第 158 條之 4。

#### 十一、107 年度台上字第 3430 號（裁判書全文）

- （一）人民之生命與健康，為其生存與自由最主要之基礎，自受憲法第 22 條之保障，是國家對人民生命、健康自有保護義務。基此，司法院釋字第 414、476、545、577 號等解釋，有諸多關於法律應維護國民健康之闡釋，國家應透過法律制度之設計，積極維護上開憲法

所保障之人民健康權。食安法即本乎此項宗旨而制定，於該法第 1 條闡明：「為管理食品衛生安全及品質，維護國民健康，特制定本法」。而食安法所稱之「食品」，係指供人飲食或咀嚼之產品及其原料；「食品添加物」為食品著色、調味、防腐、漂白、乳化、增加香味、安定品質、促進發酵、增加稠度、強化營養、防止氧化或其他必要目的，加入、接觸於食品之單方或複方物質；「食品用洗潔劑」則係指用於消毒或洗滌食品、食品器具、食品容器或包裝之物質（食安法第 3 條第 1、3、6 款）。而「販賣之食品、食品用洗潔劑及其器具、容器或包裝，應符合衛生安全及品質之標準；其標準由中央主管機關定之（食安法第 17 條）。」「食品添加物之品名、規格及其使用範圍、限量標準，由中央主管機關定之。前項標準之訂定，必須以可以達到預期效果之最小量為限制，且依據國人膳食習慣為風險評估，同時必須遵守規格標準之規定（食安法第 18 條）。」因此，衛生福利部（下稱衛福部）乃依據上開規定，分別訂定「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」，以規範食品添加物之品名、規格及其使用範圍、限量標準；訂定「食品用洗潔劑衛生標準」，以規範食品用洗潔劑之用途限制、化學含量及其使用標準。是食安法所稱之食品、食品添加物，乃指可供人食用者；不可供人食用或非供人食用者，均不可做為食品、原料或添加於食品內，乃食安法首應確立之原則。

（二）衛福部於 105 年 2 月 17 日依食安法第 17 條授權規定

，訂定發布「加工助劑衛生標準」，其立法理由說明：「因加工助劑之使用特性，其於終產品中不產生功能，與食品添加物在最終產品中發揮特定功能目的有所差異，為明確管理此類成分，故參考國際間包括聯合國食品標準委員會、歐盟及紐澳等有關加工助劑之規定，訂定『加工助劑衛生標準』規定，以供食品業界遵循」，有衛福部食品藥物管理署 105 年 12 月 6 日 FDA 食字第 1050043542 號函（說明五）可參。本件查獲時間固在上開「加工助劑衛生標準」訂定時間之前，惟依前揭增訂之「加工助劑衛生標準」第 2 條規定：「加工助劑係指在食品或食品原料之製造加工過程中，為達特定加工目的而使用，非作為食品原料或食品容器具之物質，其於終產品中不產生功能，但可能存在非有意但無法避免之殘留」，與前開食安法第 3 條第 6 款所謂「食品用洗潔劑」之立法定義，同有於最終食品產品中不產生功能之特質。再參酌「加工助劑衛生標準」第 1 條規定，其授權法源與「食品用洗潔劑之衛生安全品質標準」同為食安法第 17 條。準此，基於授權法規體系與使用上之性質，主管機關於 105 年 2 月 17 日訂定「加工助劑衛生標準」之前，關於加工助劑中涉及食品洗潔之物質者，其相關規範或處罰規定自應依循「食品用洗潔劑」之衛生安全品質標準稽核，乃屬當然。

- （三）本件冰醋酸，屬工業用之強酸（醋酸 99%），為腐蝕性物質，極具危險性，有扣案冰醋酸包裝桶外觀及標示在卷可稽，其既為工業用，非可用於食品，自無列

入「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」之資格。朱○海雖將藍桶冰醋酸稀釋至特定濃度使用，且依其所提出以該濃度之液體送請台灣檢驗科技股份有限公司（SGS）檢驗，檢測結果認除濃度外均符合食品添加物冰醋酸規格。然食安法之目的，係在規範食品業者製造、使用食品、食品添加物、食品洗潔劑（含加工助劑）等與食品相關之安全衛生規範，就「稀釋」而言，其化學性質僅在降低物質濃度，並未改變其本質。倘食品業者得以「稀釋」方式作為是否違反食安法規範之判斷標準，則無異使本法就食品添加物、食品洗潔劑（含加工助劑）等之生產、認證、管理等行政或刑罰規範形同具文。亦即，如以稀釋濃度之方式可使本不符合規範之物質達到符合規範要求，而未斟酌立法者及消費者是否同意此種工業用冰醋酸作為浸泡食材之溶劑，即與立法者原意有違，亦未符合民眾對食品安全之嚴格要求。何況食安法第 49 條第 2 項係規定「足以危害人體健康之虞」，而非「足以危害人體健康」，可見立法者即非以終產品本身作為認定標準，故「足以危害人體健康之虞」之解釋適用上，自難以最終使用後之結果或產品本身是否有危害結果論斷，而應以行為人於取得該物質作為使用時之危害情節為認定標準。亦即，能否對實際上未產生任何危險之行為科以刑事處罰，固有規範違反論與法益實害論之區別，然於食安法之規範上，應採取近於規範違反論之解釋，否則如採法益實害論之解釋結果，將使食安法失去其規範之目的。是就食安法第 49 條第 2 項之

歸責及處罰基礎始點而言，本件應以朱○海購得藍桶冰醋酸（工業用強酸）使用時之危害可能性為判斷。原審未予詳察，徒以該工業用強酸經送驗稀釋結果符合食品添加物冰醋酸之規格，即為朱○海無罪之諭知，亦難謂適法。

參考法條：食品安全衛生管理法第 1 條、第 3 條、第 17 條、第 18 條、第 49 條。

## 十二、107 年度台上字第 3568 號（裁判書全文）

- （一）刑法有關沒收規定於 104 年 12 月 30 日、105 年 6 月 22 日迭經修正公布，依刑法施行法第 10 條之 3 第 1 項規定，自 105 年 7 月 1 日施行。修正後刑法第 2 條第 2 項規定：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」已明確規範修正後有關沒收之法律適用，應適用裁判時法，自無庸比較新舊法。而沒收係針對供犯罪或預備供犯罪所用，犯罪所生或所得等與刑事違法行為具有密切關係之人民財產，及對於社會具有危險性之違禁物，由國家以裁判剝奪其所有人之所有權，將之收歸國庫，屬干預人民財產權之強制處分，自應循正當程序為之，俾符合憲法保障人民財產權、訴訟權等基本權之要求。為建構修正後刑法新增剝奪被告以外第三人財產，擴大單獨聲請宣告沒收之適用範圍，及現行特別刑法中既有之沒收第三人財產等實體規範，所應恪遵之正當程序，參考德國、日本之立法例，刑事訴訟法增訂專編為第 7 編之 2「沒收特別程序」第 455 條之 12 至第 455 條之 37 等規

定，保障財產可能被沒收之第三人參與程序之權利，明定其聲請參與沒收及法院依職權命參與沒收之前提、程式，並課予偵查中之檢察官、審判中之法院，對財產可能被沒收之第三人之通知義務，予其陳述意見之機會，賦予該第三人參與刑事訴訟程序與尋求救濟之權利，同於 105 年 7 月 1 日施行，俾與原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，相輔相成，以完備沒收法制之體系，並兼顧第三人參與訴訟之程序保障。從而，為保障財產可能被沒收之第三人之權益，法院自應遵循修正後刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，賦予該第三人參與刑事訴訟程序之機會後，其裁判諭知沒收第三人財產，始為適法，否則其所踐行之訴訟程序即屬違法。此項程序之違法，剝奪第三人參與訴訟之程序保障，悖於正當程序，與憲法保障人民財產權、訴訟權之旨未合，顯欠缺裁判沒收第三人財產之正當性基礎，不能謂顯然於判決無影響。

- (二) 原判決認定其附表二編號 8 所示扣案之車牌號碼○○○○-○○○○號自用小客車，係劉○明為其附表一編號 1、2 所載販賣第二級毒品犯行所用之交通工具，因而依檢察官之請求，適用毒品危害防制條例第 19 條第 2 項規定宣告沒收。惟稽之卷附車駕籍資訊系統—車輛詳細資料列印表，上開自用小客車之車主登記為劉○訓，且劉○明於偵查中供稱該車輛係屬劉○訓所有，劉○訓亦於原審證稱該車輛為其所有等語，若其等所述無訛，則上開自用小客車既屬第三人劉○訓之財產

，乃原審未先依刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項之規定，依職權裁定命劉○訓參與沒收程序，亦未依刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，賦予其參與沒收程序與尋求救濟之機會，遽予諭知沒收上開劉○訓所有之自用小客車，已剝奪劉○訓參與訴訟之程序保障，揆之上開說明，難謂適法。

參考法條：毒品危害防制條例第 19 條第 2 項。

刑事訴訟法第 455 條之 12 第 3 項、第 455 條之 13 第 3 項。

### 十三、107 年度台上字第 3786 號（裁判書全文）

（一）共犯不利之陳述具有雙重意義，一方面為就自己犯罪事實供述之被告自白，另一方面為對於其他共犯之犯罪事實所為之證述。而於後者，基於該類供述因分散風險利益、推諉卸責等誘因所生之虛偽蓋然性，在共犯事實範圍內，除應依人證之調查方式調查外，尤須有補強證據擔保其真實性，其供述始能成為對其他被告論處共犯罪刑之證據。即使其中一名共同正犯之自白（即自己犯罪事實）已經符合補強法則之規定，而予論處罪刑，仍不得僅以該認罪被告自白之補強證據延伸作為認定否認犯罪事實之其他共犯被告有罪之依據，必須另以其他證據資為補強。而此之所謂補強證據，指除該共同正犯不利於其他正犯之陳述外，另有其他足以證明所述其他被告共同犯罪之事實確具有相當程度真實性之證據而言。至於指證者前後供述是否相符、有無重大矛盾或違反經驗、論理法則情事、指



述堅決與否及態度是否肯定，僅足為判斷其證述有否瑕疵之參考，而其與被告間之關係如何、彼此交往背景、有無重要恩怨糾葛、曾否共同實施與本案無關之其他犯罪等情，既與所述其他被告參與該共同犯罪之真實性判斷無涉，自不能以之作為所述其他被告共同犯罪事實之補強證據。

(二) 原判決認定黃○偉有犯罪事實一之(三)之犯行，係以共犯被告陳○傑之指證，並以陳○傑與黃○偉 2 人曾同期間於少年輔育院執行感化教育，又另案於民國 103 年 4 月 15 日共同犯與本案無關之他罪，經判決處刑確定等互動聯繫情形，為其論據。然黃○偉始終否認有此犯行，則黃○偉是否參與此部分犯行，除共犯證人陳○傑之證述外，自應有補強證據之必要。原判決所引黃○偉、陳○傑 2 人交往背景、曾否共同另犯無關本案之他罪等事證，既與黃○偉有否本件共同犯行之判斷無涉，自不能資為擔保陳○傑指證黃○偉該共犯事實真實性之補強證據。又被害人黃○華之證述及案內偽造之公文書、鑑定報告等事證，係佐證陳○傑自白自己犯罪事實之補強證據，亦不得作為認定黃○偉該共犯事實之依據。至其他黃○偉所辯無可採等項，本不能憑為認定其共同犯罪之積極證據。是原判決本部分認定，除共犯證人陳○傑之證述外，究有如何之補強證據，堪信陳○傑指證之黃○偉共犯事實屬實，未進一步詳予調查，並為必要之論斷及說明，徒以推測方法，認定共犯陳○傑之陳述為真實，遽採為論處黃○偉該部分罪刑之基礎，揆之前揭說明，原判

決此部分採證難謂合於證據法則。

參考法條：刑事訴訟法第 156 條第 2 項。

#### 十四、107 年度台上字第 3837 號（裁判書全文）

（一）基於「任何人不得保有不法行為之獲利」原則，對於因犯罪造成之財產利益不法流動，應藉由「沒收犯罪利得」法制，透過類似不當得利之衡平措施，使之回歸犯罪發生前的合法財產秩序狀態。從而若被害人因犯罪受害所形成之民事請求權實際上已獲全額滿足，行為人亦不再享有因犯罪取得之財產利益，則犯罪利得沒收之規範目的已經實現，自無庸宣告犯罪利得沒收、追徵。惟若被害人就全部受害數額與行為人成立調（和）解，然實際上僅部分受償者，其能否確實履行償付完畢既未確定，縱被害人日後可循民事強制執行程序保障權益，因刑事訴訟事實審判決前，尚未實際全數受償，該犯罪前之合法財產秩序狀態顯未因調（和）解完全回復，行為人犯罪利得復未全數澈底剝奪，則法院對於扣除已實際給付部分外之其餘犯罪所得，仍應諭知沒收、追徵，由被害人另依刑事訴訟法第 473 條規定聲請發還，方為衡平。

（二）本件上訴人雖就犯罪所得全部數額與被害人成立調解，但僅實際償還其中部分款項，原判決乃以其犯罪所得扣除已償還金額部分尚未實際發還被害人，與刑法第 38 條之 1 第 5 項規定不符，撤銷第一審判決，改判就未實際償還之犯罪利得諭知沒收、追徵，並無不合。至上訴人嗣後如依調解條件繼續履行，則於其實

際償還金額之同一範圍內，既因該財產利益已獲回復，而與已經實際發還無異，自無庸再執行該部分犯罪所得沒收，乃屬當然。尤無雙重執行或對上訴人重複剝奪犯罪所得而過苛之虞。

參考法條：刑法第 38 條之 1 第 5 項。

#### 十五、107 年度台上字第 3884 號（裁判書全文）

- （一）按依修正後之刑事訴訟法第 309 條第 1 款之規定，法院僅於案件認定被告有罪而應沒收時，始於判決主文諭知沒收，倘認不應宣告沒收時，因沒收之調查與認定，本屬法院依職權進行之事項，且非必以當事人聲請為必要，復無如同法第 455 條之 26 第 1 項後段、第 2 項有對於參與人財產經認定不應沒收者，應諭知不予沒收之判決，並應記載其裁判主文及應否沒收之理由之規定，自無須於被告有罪判決主文項下諭知不予沒收之旨，惟為方便上級法院審查，自宜於判決理由內說明不予沒收心證形成之理由。是下級法院若已於有罪判決就不予沒收之理由詳為記載，究與未經裁判之情形不同，檢察官或自訴人自得對於該諭知不予沒收部分聲明不服。又刑法關於沒收，已於民國 104 年 12 月 30 修正公布，並於 105 年 7 月 1 日施行，將沒收重新定性為「刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）」，且依修正後同法第 2 條第 2 項及刑法施行法第 10 條之 3 第 2 項規定，縱被告於刑法關於沒收之相關規定修正施行前行為，仍應逕適用裁判時法律，而無「不溯及既往」原則之適用

，益見刑法沒收於修正後業已「去刑罰化」而具「獨立性」。再修正後之沒收雖具備獨立性，然沒收之發動，仍須以犯罪行為之存在為前提，故沒收原則上應於有罪判決時併宣告之（參見修正後刑事訴訟法第309條第1款），但亦得由檢察官另聲請法院為單獨沒收之宣告（參見修正後刑法第40條第3項、刑事訴訟法第259條之1、修正後同法第455條之34至37）。故「沒收」與「本案部分（即罪刑部分）」並非不能區分。若下級審判決僅係應否沒收部分有所違誤，而於本案部分認事或用法並無不當時，上級法院非不得僅就沒收部分予以撤銷。另沒收之標的，依修正後刑法第38條第1、2項、第38條之1第1項前段規定，可分為違禁物、供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物及犯罪所得等項，倘彼此間互無關連，僅因下級法院就其中各別標的應否沒收部分判決有誤，上級法院亦非不得單就該各別標的部分予以撤銷。

- （二）本件上訴人劉○達因違反著作權法案件，經第一審法院判決其共同意圖出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權，處有期徒刑6月，併科罰金新臺幣（下同）20萬元，並諭知易科罰金及易服勞役之折算標準，及相關供犯罪所用之物即扣案之記憶卡、歌本沒收。關於其犯罪所得部分，第一審判決則於理由四、（二）內說明：「按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。前2項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，修正後刑法第38條之1第1項、第3項固分別定有

明文，然查，依證人劉○豪於本院（指第一審，下同）審理中證稱：未實際支付上開電腦伴唱機之租金等語，即難認劉○達及劉○賢因本案犯罪而有犯罪所得，自無從宣告沒收本案犯罪所得，併予敘明。」等語，檢察官不服第一審判決關於犯罪所得不予沒收部分提出上訴（另檢察官亦對第一審量刑暨上訴人亦不服第一審判決，均提起上訴）。經原審審理後，認第一審關於本案罪刑及關於犯罪所用之物宣告沒收部分並無違誤，但對於上訴人犯罪所得不予宣告沒收之理由說明部分，認檢察官之上訴有理由，因而僅將第一審關於上訴人犯罪所得不予沒收部分撤銷，而駁回檢察官及上訴人其他上訴，揆諸前揭說明，應無違誤，其中關於不予沒收撤銷部分，亦非訴外判決。

參考法條：刑法第 38 條第 1 項、第 2 項；第 38 條之 1 第 1 項。

刑事訴訟法第 309 條第 1 款，第 369 條第 1 項。

#### 十六、107 年度台上字第 3910 號（裁判書全文）

（一）認定犯罪事實應依證據，為刑事訴訟法所明定，故被告否認犯罪事實所持之辯解，縱屬不能成立，仍非有積極證據足以證明其犯罪行為，不能遽為有罪之認定。而被告否認犯罪，並不負任何證明責任，僅於訴訟進行過程中，因檢察官之舉證，致被告將受不利益之判斷時，被告為主張犯罪構成要件事實不存在而提出某項有利於己之事實時，始需就其主張提出或聲請法院調查證據，然僅以證明該有利事實可能存在，而動

搖法院因檢察官之舉證對被告所形成之不利心證為已足，並無說服使法院確信該有利事實存在之必要。此為被告於訴訟過程中所負僅提出證據以踐行立證負擔，而不負說服責任之形式舉證責任，要與檢察官所負兼具提出證據與說服責任之實質舉證責任有別。苟被告依其形式舉證責任所聲請調查或提出之證據，已證明該有利事實具存在可能性，即應由檢察官進一步舉證證明該有利事實確不存在，或由法院視個案具體狀況之需，裁量或基於義務依職權行補充、輔佐性之證據調查，查明該事實是否存在；否則，法院即應以檢察官之舉證，業因被告之立證，致尚未達於使人產生對被告不利判斷之確信，而逕為有利於被告之認定，不得徒以被告所提出之證據，尚未達於確切證明該有利事實存在，遽為不利於被告之判決。

- (二) 稽之卷內資料，警方尋獲失竊小貨車後，在其儀錶板下菸灰盒內查獲之菸蒂、檳榔渣，經檢驗其 DNA-STR 型別與上訴人相符，固可證明上訴人曾停留車上之事實，惟該菸蒂、檳榔渣究係上訴人竊取車輛時遺留？抑或搭乘他人駕駛之贓車而遺留？均有可能，在無證據證明前，自未可任執一端。上訴人於第一審辯稱：「車子是朋友開的」、「監視器上的人我認識，他有開那台小貨車來找過我，我有到車上去抽菸、嚼檳榔...那個人外號叫『阿○』，他目前可能在宜蘭監獄受刑...『阿吉』真實姓名我不知道...他約 60 到 61 年次...我入監服刑前有在北所愛滋病舍遇到『阿○』，他有 HIV...」等語，並聲請傳喚「阿○」作證。第一

審函請法務部矯正署臺北看守所查明是否有符合上訴人所指之人，經覆以有 3 人符合，第一審提示該 3 人照片令上訴人辨識，上訴人指其中之林○杰即為其所指之人。林○杰於第一審證稱認識上訴人，惟否認竊取失竊小貨車，及無駕駛該車去載上訴人等語。上訴人雖未能就其所舉有利於己之事實證明其存在，然已盡其形式舉證責任，除非有積極證據證明其犯罪行為，不能以其辯解不能成立，即遽為其有罪之認定。本件依卷內證據資料，似無直接證明上訴人竊取失竊小貨車之證據，而警方於案發後復未能在失竊小貨車之駕駛座、方向盤、門把等處採得上訴人指紋或其他生物跡證，而得推論上訴人曾駕駛失竊小貨車，間接證明上訴人竊取失竊小貨車，至於車上查獲之菸蒂、檳榔渣，雖足證明上訴人曾停留車上之事實，然未能逕予排除上訴人係搭乘他人駕駛之贓車而遺留之可能性。原判決未予說明何以該菸蒂、檳榔渣可以證明上訴人竊取失竊小貨車之理由，遽以上訴人曾停留失竊小貨車及其辯解不能成立，即認定上訴人竊盜，稍嫌速斷，與證據法則難認無違，並有理由不備之違法。

參考法條：刑事訴訟法第 154 條。

#### 十七、107 年度台上字第 3919 號（裁判書全文）

- （一）我國刑法採刑罰與保安處分雙軌制，是若被告初次施用毒品並同時持有逾法定數量毒品時，由於觀察勒戒、強制戒治性質上係屬保安處分，與刑罰性質不同，故針對同一犯行併予諭知刑罰及保安處分者自無不可

（例如對竊盜慣犯同時宣告強制工作），且此時持有逾法定數量毒品行為之不法內涵已非嗣經不起訴處分之施用毒品行為所得涵蓋，故法院除應就被告所為論以持有逾法定數量毒品罪刑外，另應就施用毒品犯行部分裁定令入勒戒處所施以觀察勒戒，此亦為刑罰與保安處分雙軌制之使然，並無違反一事不二罰原則。

（二）本件上訴人於民國 104 年 12 月 23 日為警查獲其持有逾法定數量第二級毒品外，並同時查獲其有施用第二級毒品及轉讓禁藥犯行，施用毒品部分業經臺灣新北地方法院裁定觀察勒戒，並經臺灣新北地方檢察署以 105 年度毒偵字第 912、913、914 號為不起訴處分確定；轉讓禁藥部分亦經臺灣新北地方法院以 105 年度訴字第 934 號判刑確定，上訴人持有逾法定數量第二級毒品與轉讓禁藥二罪犯意各別、行為互異，明顯可分，應予分論併罰，揆諸上揭說明，上訴人指稱施用毒品、轉讓禁藥應與本案持有逾法定數量毒品罪想像競合，容有誤會，均非適法之第三審上訴理由。

參考法條：毒品危害防制條例第 10 條第 2 項、第 11 條第 4 項、第 20 條。

藥事法第 83 條第 1 項。

十八、107 年度台非字第 143 號（裁判書全文）

（一）刑事訴訟法第 370 條規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行



之刑。第 1 項規定，於第一審或第二審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之刑時，準用之。」故本法第 370 條第 2 項、第 3 項，已針對第二審上訴案件之定應執行刑，明定有不利益變更禁止原則之適用。由本法第 370 條第 1 項前段反面解釋，倘係檢察官對被告之不利益提起上訴：(一)、其上訴有理由者，則在被告未提起上訴時，第二審自得撤銷第一審判決而諭知較重之刑。(二)、於被告亦提起上訴然無理由者，第二審若認檢察官上訴主張第一審判決適用法條不當或量刑過輕有理由時，亦得撤銷第一審判決並改判較重之刑。(三)、被告並未提起上訴，但檢察官之上訴無理由者，苟第一審判決並無適用法條不當而撤銷之情形，第二審即不得諭知較第一審判決為重之刑。(四)、於被告亦提起上訴，然檢察官僅以第一審量刑過輕提起上訴而無理由者，第二審自不得諭知較第一審判決為重之刑。但如第一審判決有適用法條不當而撤銷之情形，則不在此限。(五)、於被告亦提起上訴，然檢察官僅以第一審適用法條不當提起上訴而無理由者，第二審自不得諭知較第一審判決為重之刑。(六)、於被告亦提起上訴，然兩造上訴均無理由者，若第一審判決並無適用法條不當而撤銷之情形，第二審亦不得諭知較第一審判決為重之刑。至認定第二審上訴有無理由，一般取決於判決主文，因科刑判決之主文，係取捨證據、認定事實、適用法律之結果，以確認國家對被告犯罪事實之刑罰權存在及所論處之罪名、應科之刑罰等具體刑罰權之內容

，是確定科刑判決之實質確定力，僅發生於主文。若主文未記載，縱使於判決之事實、理由已認定被告之犯罪事實，仍不生實質確定力，即不得認已判決，而屬漏未判決應補行判決之問題，該漏判部分，則既未經判決，自不發生判決確定之情形，依法不得提起非常上訴；此與判決主文、事實已有敘及，而理由內未加說明之理由不備，或主文記載與事實、理由之認定不相一致之理由矛盾之違背法令，對於刑罰權對象之犯罪事實範圍同一性不生影響，無礙於判決之確定，得賴提起非常上訴救濟之情形不同。

- (二) 本件第一審判決認定被告張○賢係犯刑法第 336 條第 2 項之業務侵占罪、修正前同法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪及同法第 216 條、第 215 條之行使業務上登載不實文書罪。主文則諭知「張○賢犯第一審判決附表（下稱第一審附表）一、三各編號主文欄所示之罪，各處第一審附表一、三各編號主文欄所示之刑，又犯第一審附表二主文欄所示之罪，處第一審附表二主文欄所示之刑，應執行有期徒刑伍年陸月。其餘被訴部分均無罪。」被告及檢察官均不服該判決提起上訴，經臺灣高等法院 105 年度上訴字第 749 號判決（下稱原判決）就被告上訴部分中之關於第一審附表一編號 2、4 及第一審附表三編號 2、3、4 部分均撤銷，其主文第 1 至 4 項則諭知「原判決（即第一審判決）關於第一審附表一編號 2、4 及第一審附表三編號 2、3、4 部分均撤銷。張○賢犯如原判決附表（下稱附表）五編號 2、4、35、36、37 所示之罪，各處如各該編

號所示之刑，並減刑如各該編號所示；其中附表五編號 35、36、37 部分，易科罰金之折算標準及沒收均如各該編號所示，所減得之刑應執行有期徒刑 7 月，如易科罰金以新臺幣 1,000 元折算 1 日。其他上訴（即第一審附表一編號 1、3、5 至 32、第一審附表二、第一審附表三編號 1、第一審附表四部分）駁回。上開撤銷改判之附表五編號 2、4 與上訴駁回關於有罪部分所處之刑（如附表五編號 1、3、5 至 34 所示），應執行有期徒刑 8 年。」而原判決就本件犯罪事實乃論以與第一審相同罪名（見原判決理由壹、七、（一）），另認定被告所涉如原判決附表五編號 2、4、35 至 37 部分之犯罪，有中華民國 96 年罪犯減刑條例減刑之事由，第一審有漏未減刑，對被告不利予以撤銷（見原判決理由壹、六、（一））；對於檢察官上訴則認無理由，而予以駁回（見原判決理由壹、六、（四）<sup>③</sup>及七、（三））。又檢察官上訴意旨固另認第一審關於被告定應執行 5 年 6 月部分顯然過輕，有違比例原則，然原判決就此部分未交代第一審關於定應執行刑部分究有何違法或不當而應予撤銷之理由，又因其主文並未撤銷第一審判決關於應執行刑部分，自不能認係漏未判決，僅能認屬判決理由不備。原判決就此既認定第一審判決認事用法均無違誤，並駁回被告及檢察官關於此部分之上訴，撤銷部分則係因第一審判決未依法減刑，並改判較第一審判決為輕之刑期，理由亦未敘述第一審判決有何其他違法或不當情形。則於檢察官對被告之不利益提起上訴，被告亦提起上訴，而原判

決認其等上訴均無理由時，竟於其判決主文第 4 項就撤銷改判之原判決附表五編號 2、4 與上訴駁回關於有罪部分所處之刑（如原判決附表五編號 1、3、5 至 34 所示）部分，諭知「應執行有期徒刑 8 年」，其主文第 4 項所定應執行刑顯較第一審判決為重，自有違不利益變更禁止原則，而屬違背法令。案經確定，且不利於被告。非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決附表五編號 1 至 34 定應執行之刑部分撤銷，另行判決如主文第 2 項所示，以資救濟。

參考法條：刑事訴訟法第370條。

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,283

【裁判日期】1071024

【裁判案由】貪污

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第283號

上訴人 張昌財

選任辯護人 宋永祥律師

上訴人 范長安

選任辯護人 陳建勛律師

上列上訴人等因貪污案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國105年8月30日第二審更審判決（104年度重上更(四)字第9號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署94年度偵字第11968、12165、12399、12643、13352、13961、14121、20180號，95年度偵字第1020號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、原審撤銷第一審關於上訴人張昌財、范長安部分之科刑判決，改判論處張昌財共同犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪刑；論處范長安非公務員與公務員共同犯貪污治罪條例之不違背職務收受賄賂罪刑。

二、上訴意旨

(一)、張昌財上訴意旨略以：①、張大方、范長安為脫免罪責，有謊稱經立法委員授權之可能，原判決認為范長安並未卸責，與事實不符；張大方、范長安、何政鋒、林寶娜於法務部調查局臺中市調查處（下稱調查站）之供述（下稱調查供述）無證據能力，原判決僅以調查供述在先，未受他人影響為由，即認為有證據能力，然究有何較可信之特別情況，其說明尚欠詳備，自屬違法。②、原判決認定張昌財於民國94年4月12日晚上在喜來登飯店與何政鋒、林寶娜會面時，指示范長安於會後聯絡行政院金融監督管理委員會（下稱金管會）要求證券期貨局（下稱證期局）人員到張昌財之立法院辦公室說明，惟何政鋒、林寶娜均證稱張昌財來去匆匆，會面時並無答應何事，僅要伊等回公司查明離職員工後再處理等語

，此與范長安所稱「當面授權」指示其聯絡相關公務人員到國會辦公室等語，互相矛盾，則張昌財是否確實當著何政鋒、林寶娜之面授權范長安發函證期局派員說明並施壓，並非無疑；張昌財當晚僅停留約10分鐘，有陳美惠證詞可稽，原判決認為停留約30至40分鐘許，違背證據法則。③、針對何政鋒、林寶娜希望張昌財擺平者，是否包括調查站對太萊晶體科技股份有限公司（下稱太萊公司）之調查，原判決之認定前後矛盾；原判決認定張昌財違反立法委員行為法第17條規定，但未說明如何知悉為進行之司法案件及如何違反；原判決認定張昌財自始即知道財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心（下稱櫃買中心或OTC）調閱太萊公司股票監視報告，乃因調查站偵辦太萊公司炒股案而起，惟理由則認林寶娜、張大方、范長安於第一次發函證期局要求派員到國會辦公室說明後，於94年4月14日才知道，則張昌財於94年4月12日晚間自不可能知悉，此與張昌財對於該案是否為「進行之司法案件」有所認知而有遊說故意、是否該當立法委員行為法第16條、第17條構成要件之認定，原判決有理由不備、矛盾、認定事實不依證據之違法。④、張大方利用張昌財之名義行詐，原審以張大方之監聽譯文作為張昌財共同犯罪之證據，即非適法；原判決認為「張大方另曾先行私下向張昌財建議擔任太萊公司之顧問，由太萊公司以支付顧問費之方式給付報酬，以包裝其收受賄賂之外觀」，但未說明其依據；依卷內資料，每月新臺幣（下同）6萬元之顧問費係范長安向張昌財所提，簽顧問合約乃范長安與張大方決定，身分證等資料是范長安向證人羅惠如索取，發文用簽名印章、身分證為張大方、范長安所盜用，張昌財受張大方、范長安聯手矇騙，並無同意或授權，無犯罪故意，也不知道18萬元來自張大方，亦不知有擺平OTC之調查而取得顧問費之事，原判決之認定違背經驗與論理法則；張昌財知悉擔任太萊公司顧問後，均在履行顧問合約，此有證人賀陳旦、孫治國、范長安、何政鋒之證詞可稽；依原判決之認定，其附表二所示8張支票係犯罪所得，即應宣告沒收，竟未沒收，有理由矛盾之違法。⑤、原審未依聲請傳喚張大方、范長安、何政鋒、林寶娜作證，以查明張昌財對張大方、范長安取得擺平代價150萬元，及張大方取得前金30萬元與每月超過6萬元部分是

否知情，又未說明不需調查之理由，有理由不備及調查未盡之違法云云。

(二)、范長安上訴意旨略稱：①、立法委員對行政體系之公務員無隸屬、指揮服從之關係，范長安為張昌財之私聘助理，請求證期局人員去立法委員辦公室說明，客觀上並非行使立法委員之職權，與貪污治罪條例第5條第1項第3款職務收賄罪要件不符，原判決採實質影響說，認定范長安觸犯該罪，自屬違法；太萊公司之調查報告乃櫃買中心製作，櫃買中心為獨立財團法人，非證期局下屬單位，其製作調查報告非立法委員職權範圍所及，參諸最高法院103年度台上字第1327號判決見解，張昌財與證期局、櫃買中心並無隸屬關係，無從指揮影響櫃買中心之調查報告。②、范長安與張大方於94年4月14日始知悉OTC要調查太萊公司炒股案，豈可能於同年月12日就請張昌財向OTC、證期局等單位施壓擺平一事達成共識，原判決之認定有理由矛盾之違誤。③、宣誓條例帶有濃厚道德要求及不確定法律概念，原判決認定違背宣誓條例、立法委員行為法第16條、第17條，有不適用法則之違法；依證人王銑等人之證言，張大方、范長安要求於一週內結案，並未超出正常作業時間，櫃買中心已有分析結果，僅尚未形諸書面，且最後的監視報告對太萊公司不利，可見張大方、范長安未對證期局之決策或處分有任何要求或影響，與立法委員行為法第15條第2項之遊說行為不符；OTC查核並非司法案件，本案應未違反立法委員行為法第17條。④、原判決未說明何政鋒、范長安、張大方、林寶娜之調查供述如何有較可信之特別情況，僅以距案發時間較近，即認有證據能力，將證據價值、證據能力混淆，尚屬違法；原判決未加取捨，而併採何政鋒、范長安、張大方、林寶娜於調查站及偵查、審理時互相矛盾之證詞為據，乃理由矛盾，且違背最高法院97年度台上字第6546號判決發回意旨所指摘之事項云云。

三、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違

背法律上之程式，予以駁回。

四、犯罪事實之認定，證據之取捨及其證明力如何，乃事實審法院自由判斷之職權，如其取捨不違背經驗法則與論理法則，即不得指為違法，而據為上訴第三審之理由。且經驗法則與論理法則俱屬客觀存在之法則，非當事人主觀之推測，若僅憑上訴人之主觀意見，漫事指為違背經驗與論理法則，即不足以辨認原判決已具備違背法令之形式。原判決綜合全辯論意旨及調查證據所得，依法認定：(一)、張昌財為第6屆立法委員，負有制訂法律，及對中央政府機關審查預算、施政質詢等監督之權，係依據法令從事公務之人員。范長安為張昌財之無薪國會特別助理，協助張昌財處理相關公務。張大方係盈成動碼股份有限公司負責人、太萊公司顧問及張昌財之無薪國會辦公室顧問。(二)、太萊公司股票於93年6月9日上櫃後，何政鋒（太萊公司董事長兼總經理）、張大方及日本ABROAD公司代表人諏訪部良彥等人，共同以技術移轉權利金之名義，將太萊公司資金6500萬元侵吞，何政鋒又與張大方、陳信宏等多人陸續操縱太萊公司股價（何政鋒、陳信宏、陳啓斌、吳志強、蔡永澤、郭振國、太萊公司董事長特助兼發言人林寶娜等人，均經判處罪刑或併宣告緩刑確定，另陳浚堂等人通緝中），經OTC 進行查核分析，嗣檢察官指揮調查站偵辦何政鋒等人涉嫌炒作太萊公司股票，函請OTC 調閱太萊公司股票監視報告等資料，OTC 乃向各交易證券商函查並調閱，何政鋒、林寶娜為免影響太萊公司股價、公司營運、炒股及假技術移轉套取資金之不法情事遭司法調查，透過張大方安排，於94年4 月12日晚間與張昌財、張大方、范長安等人在臺北市喜來登飯店會面，請張昌財利用擔任立法委員職務之便，出面向證期局、OTC 等單位施壓，擺平太萊公司股票炒作疑案。(三)、張昌財瞭解狀況後，明知其身為立法委員，有監督並對行政機關審查預算及質詢之權限，及立法委員受託對政府遊說或接受人民遊說，不得涉及財產上利益之期約或收受。因何政鋒、林寶娜希望藉由張昌財立法委員之身分擺平太萊公司遭OTC 、調查站調查之案件，並允諾給以一定報酬，張昌財竟與非公務員之張大方、范長安共同基於對於立法委員職務上之行爲收受賄賂之犯意，於94年4 月12日當晚聚會後，由張昌財指示范長安、張大方處理，聯絡



通知證期局派員前來張昌財之國會研究室說明，交代由其等負責擺平太萊公司遭調查案後離去（張大方另曾先行私下向張昌財建議擔任太萊公司之顧問，由太萊公司以支付顧問費之方式給付報酬，以包裝其收受賄賂之外觀）；張大方遂於94年4月13日向何政鋒等表示擺平案件代價為150萬元，先付前金30萬元，餘款120萬元以顧問費名義，分12個月按月支付10萬元（實際上張大方向張昌財表示處理之報酬為顧問契約1年，每月6萬元，其餘每月4萬元由張大方私下獲得，張昌財僅就每月6萬元部分，與范長安、張大方有共同收賄之犯意聯絡），經何政鋒等人同意，即於94年4月13日支付前金30萬元及第1個月份顧問費10萬元予張大方。(四)、范長安、張大方依張昌財之指示及授權，於94年4月13日以立法委員張昌財之名義，傳真行文金管會，要求其轄下之證期局人員於94年4月14日到立法院中興大樓410室張昌財之國會研究室說明太萊公司一案，證期局人員即指派第三組副組長呂淑玲及承辦人伍思吟到場說明，范長安、張大方不滿其說明，同日再以立法委員張昌財名義傳真行文，要求證期局人員於94年4月15日備齊本案調查資料及調查起訖進度前來說明，證期局即由第三組組長王銑、承辦人伍思吟再次前往說明，范長安、張大方要求其等於一週內結案，王銑予以應允。其後范長安自王銑處得知太萊公司之調查業已結案，並已分別發函調查局、站等單位，乃告知張大方各單位均會結案等語。(五)、何政鋒、林寶娜依約定，自94年4月起，以聘請張昌財為太萊公司顧問之名義，按月支付每月10萬元。第1個月份之10萬元以現金先行支付張大方，張大方自其中每月私下取得4萬元，並同意撥出10萬元給范長安作為酬勞。嗣張昌財亟需用錢，於94年4月22日透過范長安向太萊公司要求預支顧問費10萬元，張大方即匯10萬元給范長安兌換成美元親交張昌財；張昌財於94年5月13日又透過范長安向張大方預支太萊公司顧問費8萬元，范長安先湊8萬元兌成歐元親交張昌財，張大方隨後將8萬元現金補交給范長安。(六)、因顧問費120萬元係太萊公司支出，須訂立書面契約，以利太萊公司報銷支出，范長安事先取得張昌財同意，交付張昌財之身分證資料及印章，與何政鋒簽訂顧問合約，太萊公司遂簽發支票12張交給張大方，張大方將第1個月份之10萬元支票1張

返還，餘11張支票存入帳戶按月兌領，已兌現3張，總計張大方自太萊公司取得70萬元及尚未兌現支票8張，張昌財取得其中之18萬元等情。已說明本於調查所得心證，分別定其取捨而為事實判斷之理由。就太萊公司與上訴人等訂定顧問合約，如何係用以支付及收受賄款，彼等取得之款項與不法行為間如何有對價關係，上訴人等否認犯罪之所辯，如何不足採信，有利於上訴人等之證據何以不能採納，俱於理由內予以指駁、說明甚詳。所為論斷，核無違背客觀存在之經驗法則與論理法則，自屬原審採證、認事之適法職權行使，不容任意指摘為違法。

五、被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第159條之2定有明文。原判決已說明依何政鋒等人於調查站應詢時之外在環境及情況，調查供述如何具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要，應有證據能力之理由。又證人之供述前後稍有不符或相互間有所歧異，究竟何者為可採，事實審法院非不可本於經驗法則與論理法則，斟酌其他情形，作合理之比較，以定其取捨，若其基本事實之陳述與真實性無礙時，仍非不得予以採信。原審依憑何政鋒等人之前後供述，斟酌其他證據，本於經驗法則與論理法則，取其認為真實之一部，作為論罪之證據，自屬合法。

六、立法委員有(一)、議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。(二)、立法院各委員會得邀請政府人員及社會上有關係人員到會備詢；立法院開會時，關係院院長及各部、會首長得列席陳述意見。(三)、立法委員在開會時，有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權，憲法第63條、第67條第2項、第71條、憲法增修條文第3條第2項第1款規定甚明。查立法委員基於代議民主制度，在議場內行使上開法定職權之提案、審議、質詢等議會活動，固屬其職務行為，至於為行使上開職權，而在議場外從事譬如召開協調會、具名發函要求說明報告、開會前拜會、議場中休息協商等準備工作或輔助行為者，仍具有公務外觀，且與其上開職務行為有直接、密切之關係，自亦屬其職務上之行為。依原判決確認之事實，上訴人等人受何

政鋒等人之請託，並約定一定金錢為對價，以立法委員張昌財之名義，傳真行文給金管會，要求金管會所轄之證期局人員到其國會研究室說明太萊公司炒股被調查一案，證期局之主管及承辦人因而數度準備相關資料至該國會研究室報告、說明，范長安、張大方於該國會研究室內要求須於一週內結案，而其傳真給金管會之函文內容為「主旨：茲為問政之需要，敬請貴委員會協處證期局針對『太萊晶體科技公司』案，於明（4/14）上午十時至本席研究室說明。註：本案因日前遭黑函空襲，致使股價震盪，影響投資人信心，甚已波動整體股市交易正常化，倘本案調查無具體事證，敬請停止本案所有函調行動，以恢復該公司正常運作。」依此觀之，上訴人等顯係行使立法委員之職權，其於行使職權時收受賄款，已侵害職務行為之廉潔性與公正性及社會一般信賴，原判決因認所為係犯貪污治罪條例第5條第1項第3款之罪，自無違法。至原判決理由欄尚載述：張昌財接受何政鋒等人之賄賂，向證期局請託、施壓之行為，與立法委員之職務具有關連性，為其職務實質影響力所及事項，或係對立法委員行為法第16條、第17條進行之司法案件遊說，或違背宣誓條例之規定云云，核屬贅餘，縱予除去，亦於本件判決主旨並無影響，仍不得執為上訴第三審之理由。

- 七、共同正犯犯罪所得之沒收、追徵，應就各人所分得之數為之，所謂各人「所分得」之數，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言。因此，若共同正犯各成員內部間，對於犯罪所得分配明確時，應依各人實際所得宣告沒收，若共同正犯對犯罪所得無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收。依原判決之認定，張大方共自太萊公司處取得70萬元及尚未兌現之支票8張，張昌財自其中分取18萬元，亦即張昌財並未分取原判決附表二所示8張支票，則未對張昌財宣告沒收此8張支票，即無違誤。
- 八、刑事訴訟法所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性且有調查可能之證據而言，若僅枝節性問題，或所欲證明之事項已臻明確，或就同一證據再度聲請調查，自均欠缺調查之必要性，未為無益之調查，並無違法可言。查何政鋒、林寶娜、范長安等已於審判中作證並受詰問，張大方則經第一審法院傳喚、拘

提未到，經發布通緝，而屬未能調查之證據，故原審未予傳喚調查，無違法可言。

九、其餘上訴意旨，經核亦係就屬原審採證、認事職權之適法行使及原判決已說明事項，徒憑己見，任意指摘為違法，且仍為單純事實之爭執，均非適法之第三審上訴理由。應認本件上訴違背法律上之程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 24 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 梁 宏 哲

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發

法官 呂 丹 玉

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 26 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,3122

【裁判日期】1071018

【裁判案由】違反貪污治罪條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第3122號

上訴人 鍾紹和

選任辯護人 莊國明律師

蔡世祺律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國106年8月1日第二審更審判決（104年度上更(一)字第18號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署101年度偵字第17965號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式予以駁回。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人鍾紹和於民國97年2月1日起至101年1月31日間擔任中華民國立法院第7屆立法委員，代表人民行使立法權，而具有議決法律、預算等議案及國家其他重要事項之權，亦有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權，及在立法院所設之各種委員會邀請政府人員到會備詢之權，為依法令服務於國家機關而具有法定職務權限之公務員，有其事實欄所載不違背職務收受新加坡商永順集團總裁董欣躍所交付新臺幣（下同）300萬元賄賂之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍論上訴人以公務員不違背職務收受賄賂罪，處有期徒刑7年6月，並宣告褫奪公權5年，及諭知相關沒收及追徵，已詳述其所憑證據及認定之理由；對於上訴人所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加

指駁及說明。核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按；從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴人上訴意旨略以：

- (一)、證人董欣躍長期患有憂鬱症及躁鬱症，本案發生後因壓力過大而住院接受治療，其身心狀態已處於無法作證之狀態，原審僅憑國軍高雄總醫院之函覆意見，遽認董欣躍於法務部調查局高雄市調查處詢問時（下稱調詢時）有陳述能力，已有不當。又董欣躍於101年1月5日調詢時所為之陳述，係在身心狀況不佳下所為，已不具有較可信之特別情況；且董欣躍因罹患躁鬱症及憂鬱症，抗壓能力較為軟弱，其於同年月10日接受檢察官訊問時，在檢察官恫嚇及詐欺下所為不利於上訴人之證詞，並非出於任意性而有顯不可信之情況，故董欣躍於調詢時及檢察官偵訊中所為之陳述，均不得作為上訴人犯罪之證據。原審未依上訴人之請求，就證人董欣躍於調詢時及偵查中之精神狀況委託專業機構鑑定，僅憑國軍高雄總醫院之函覆意見及第一審勘驗該次偵訊光碟之勘驗筆錄，認董欣躍於調詢時及偵查中之身心狀況並無不適合接受訊（詢）問之狀態，亦無遭檢察官不正訊問之情形，復以董欣躍上開審判外之陳述，較無來自伊之壓力，且距離案發時點較近，記憶應較清晰等為由，遽認其於調詢時及偵查中所為之陳述均例外具有證據能力，而採為伊犯罪之證據，顯有未洽。
- (二)、上訴人於本件案發當時為立法委員，對行政院所屬任何機關並無行政體系之上下隸屬關係，對行政院所屬機關公務員亦無指揮監督之權限，復無人事任命權或政策決定權，對於上述行政機關主管之職務，不得親自為之，亦不能介入或干預上述行政機關之政策決定。本件伊受董欣躍請託，以立法委員國會辦公室之名義，擔任主持人，邀請交通部航政司（下稱航政司）、經濟部能源局（下稱能源局）、行政院環境保護署（下稱環保署）、交通部高雄港務局（下稱高雄港務局）及行政院經濟建設委員會（下稱經建會）等政府機關人員出席協調會，討論永順集團在我國設立聚利順貿易股份有限公司（下稱聚利順公司）提出以永順集團所屬天使一號油輪為母船，卸儲定點錨泊於高雄港外7 哩處之作業海域，供子

船將油品接駁運往鄰近國家之「高雄港港外油駁作業計畫」（下稱本件申請案），係就人民陳情事項所爲之選民服務，並非立法委員之職務，該協調會決議之事項，與法律、預算等議案之質詢權無關，不具法律效力，對受邀之行政機關亦無拘束力，且迄今本件申請案應歸何機關主管，仍無定論，可見召開協調會並非立法委員職務上之行爲，亦非立法委員職務影響力所及之行爲。至於立法院交通委員會就法律提案作成之附帶決議，由立法院函請行政院參考，並無憲法上之依據，充其量僅屬建議性質，對行政機關並不具法律上之拘束力，對行政機關政策之形成，亦無任何影響力，該提案之附帶決議行爲顯非立法委員職務上之行爲。本件伊以立法委員辦公室名義邀集行政院所屬機關在其立法院國會辦公室召開協調會，並做出決議，及立法院交通委員會將伊助理所擬提案作成附帶決議，函請行政院參考，均非立法委員之職務上行爲，亦非行使立法委員職務所必要之輔助性權力，對行政機關之決策亦無任何實質影響力可言。原判決認伊上開所爲，均係立法委員職務上之行爲，而就其本件所爲論以公務員對於職務上行爲收受賄賂罪，同有違誤。

(三)、伊收受董欣躍交付之300萬元，與伊推動本件申請案所爲之相關行爲並無對價關係，原判決既認定伊有收受董欣躍交付之300 萬元賄款，則伊與董欣躍之間即具有行賄與受賄之對向性關係，彼此利害關係相反，故董欣躍所爲不利於伊之證詞，顯然欠缺憑信性，原審並未調查有無其他補強證據足以佐證董欣躍所爲不利於伊之指證爲可信，遽採其有瑕疵之指證作爲伊犯罪之證據，自屬不當。又關於伊收受董欣躍交付300 萬元所爲之對價關係或原因究竟爲何？原判決一方面認爲係協助董欣躍釐清本件申請案之主管機關，但另一方面卻又謂除釐清本件申請案之主管機關外，尙包含確保本件申請案順利通過核准云云，亦有理由矛盾之違法。

(四)、伊雖以其本人（立法委員）辦公室之名義，邀請相關中央行政機關召開與伊立法委員職權無關之3 次協調會，以討論本件申請案。然依原審採爲判決基礎之交通部105年7月14日交航（一）字第0000000000號函，及經濟部105年7月25日經授能字第0000000000 號函文意旨，經濟部爲簡政便民，已公告將其依石油管理法所職掌之核發加油站經營許可執照之核

發及換發等業務，溯自91年1月16日起委由直轄市、縣（市）主管機關辦理。故本件申請案之管轄機關應係申請駁油作業地點所在海域之地方主管機關即高雄市政府，而非中央主管機關之經濟部。可見本件申請案之受理及准駁權限，顯已非中央主管機關之職掌。本件申請案所請求之事項，其可行性如何，應由高雄市政府依據石油管理法及加油站設置管理規則等既有法規辦理，毋庸再通案評估其可行性，亦與國家能源政策及是否修改石油管理法等法規不具關聯性；現行法令中，亦無高雄市政府負責辦理核發加油站許可執照之公務員，應到立法院各委員會備詢之相關規定。故本件申請案與伊立法委員之職務顯然不具關聯性，亦無密接性，更非其立法委員職務上影響力所能及之範圍。且伊就本件申請案召開協調會所邀集與會之機關及人員，並未包括高雄市政府相關人員，縱令伊以立法委員身分受人民請託而召開協調會之行爲符合立法委員行爲法第15條所規定之遊說，並因此遊說行爲收取對價而違反立法委員行爲法第16條之規定，仍難認本件申請案關於其管轄權或管理機關之決定，係伊得以立法委員之職權所能發揮影響力所及之事項。原判決未詳加審酌，遽認伊邀請相關行政機關召開協調會以及由立法院交通委員會委員提案附帶決議請行政院參考研酌修法，均係伊行使立法委員職務上之行爲，並謂伊得以立法委員之職權就本件申請案所請求之事項，對於相關主管行政機關之公務員具有實質上之影響力，而爲不利於伊之認定，殊有違誤云云。

三、惟證據之取捨及事實之認定，均爲事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，並已詳述其取捨證據及得心證之理由者，即不能任意指爲違法而執爲適法之第三審上訴理由。

（一）、刑事訴訟法第154條第2項前段規定犯罪事實應依證據認定之，此所指「犯罪事實」係與犯罪行爲之過程、行爲之罪責及刑度高低有關之實體法上事實，對該實體事實之認定，須以法律上具有證據能力且經合法調查程序之證據予以嚴格證明始可。至於其他關於訴訟法上之事實，例如與訴訟條件有關之事實及影響證據證明力消長之事實（輔助事實），乃以自由證明爲已足，祇要係適法取得之證據，縱未具有證據能力，亦非不得作爲彈劾性或補助性證據使用，且亦不須經嚴



格法定調查證據之方式爲之。又證人陳述時之心理狀態，係屬證人有無陳述能力之範疇，乃訴訟法上之事實即輔助事實，而非刑事訴訟法第154 條第2 項前段所指須嚴格證明之犯罪事實。該輔助事實是否存在，以經自由證明爲已足，並不以具有證據能力之證據爲限，或經合法調查爲必要。原判決援引國軍高雄總醫院回覆原審詢問證人董欣躍於101 年1 月2 日至該醫院住院治療後之身心狀況、理解、判斷及回應能力之函覆意見及檢送之董欣躍病歷資料等證據，僅在說明董欣躍於調詢時雖有出現原審勘驗調詢光碟之勘驗筆錄所載隨意食用食物等情狀，惟並無胡言亂語或不知所云等情形，復能針對問題回答，認其於調詢時係處於可理解、判斷及正常回應他人詢問內容之狀況，用以認定董欣躍於調詢時具有陳述能力之相關證明，既核與卷存之證據資料並無不合，復已說明何以尙無囑託專業醫院鑑定證人董欣躍在調詢時及偵查中精神狀態之必要，況且原判決亦非以該國軍高雄總醫院之函覆意見作爲認定上訴人犯本件公務員不違背職務收受賄賂罪之依據，自無適用嚴格之證明法則以調查該項證據之必要。上訴意旨指摘原審採用不具證據能力之國軍高雄總醫院函覆意見，認定董欣躍調詢時有陳述能力爲不當云云，依前開說明，顯然誤解程序法則而爲任意指摘，自不足取。且原審就董欣躍於調詢時所爲不利於上訴人之陳述（包括其所供何以交付300 萬元予上訴人之原因），何以符合刑事訴訟法第159 條之2 之規定而例外具有證據能力，亦已說明董欣躍於調詢時之陳述與其嗣後在第一審審理時所述前後並不一致，且於第一審審理時就其何以交付300 萬元予上訴人之相關問題，甚至改稱「沒印象」或「不清楚」等語，然依其於調詢時陳述之原因、過程、內容及功能等各項外在附隨環境或條件加以觀察，認其於調詢之陳述具有較可信之特別情況，且爲證明上訴人犯罪事實所必要，而認爲具有證據能力等旨綦詳（見原判決第8 頁第2 行至第13頁第11行）。核其此部分論斷，尙與證據法則無違。又被告以外之人於偵查中向檢察官所爲之陳述，除顯有不可信之情況者外，得爲證據，刑事訴訟法第159 條之1 第2 項定有明文。稽其立法理由，乃謂現階段檢察官實施刑事訴訟程序，多能遵守法律規定，並無違法取供之虞，故原則上賦予其偵訊筆錄之證據能力，祇於

顯有不可信之例外情況時，始否定其證據適格。是當事人若爭辯存有此種例外情況者，必須提出相當程度之證據資料加以釋明，非許空泛指摘。原判決已敘明檢察官在本案偵查起始階段，對董欣躍所涉罪名究屬違背職務或不違背職務之行賄罪，尙待將來查得相關證據資料始能釐清，是否請求新加坡之檢察官提供偵查協助，仍有待董欣躍之供述內容作為判斷依據等情形，因此檢察官在訊問董欣躍之前，將其如有刻意隱瞞情事，可能進一步尋求董欣躍所屬國家（新加坡）之檢察官提供協助等日後可能採取之偵查作為告知董欣躍，尙難認有何違法之可言，且綜觀第一審勘驗董欣躍偵訊光碟之勘驗筆錄所記載之全部訊問過程，董欣躍於偵訊時對答如流，並無懼色，且時而談笑風生等情況，認董欣躍於偵訊時並無遭檢察官恐嚇、詐欺而無法自由陳述之「顯有不可信之情況」，而認定董欣躍於偵訊時所為不利於上訴人之陳述具有證據能力等旨綦詳（見原判決第13頁第12行至第16頁倒數第7行），核其此部分論斷，亦與證據法則無違。上訴意旨徒憑己見，謂證人董欣躍於本件審判外之陳述均無證據能力云云，而據以指摘原判決採證不當，依上述說明，同屬誤會，尙非合法之第三審上訴理由。

- (二)、公務員貪污罪之不法核心內涵係公務員對於國家忠誠義務之違反。故貪污治罪條例之立法宗旨即在於確保公務員執行職務之公正，禁止公務員因受金錢或其他不正利益之污染，而影響其執行職務之公正性，俾使公務員執行職務具有不可收買之純潔性，而兼有維護公務員廉潔之作用。又貪污治罪條例第5條第1項第3款之公務員對於職務上之行為收受賄賂罪，此之所謂「職務上之行為」，應依上開立法旨趣從廣義解釋，係指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為而言。而其職務範圍，除公務員之具體職務權限及一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但與其固有職務權限具有密切關聯之行為，亦應認屬其職務行為之範疇，包括由行政慣例所形成，及習慣上所公認為其所擁有之職權或事實上所掌管之職務，以及其附隨之準備工作與輔助事務均屬之，始符合上開條例設立之宗旨。依憲法第63條及立法院職權行使法規定，立法院除議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權外，亦包括

議案審議、聽取總統國情報告、聽取報告與質詢、同意權之行使、覆議案之處理、不信任案之處理、彈劾案之提出、罷免案之提出及審議、文件調閱之處理、委員會公聽會之舉行、行政命令之審查、請願文書之審查、黨團協商等職權。而憲法第67條第2項及憲法增修條文第3條第2項第1款亦規定立法院所設各種委員會得邀請政府人員與社會上有關係人員到會備詢，及立法委員在開會時有向行政院院長及行政院各部會首長質詢之權。再依立法院組織法第7條、立法院各委員會組織法第2條及立法院程序委員會組織規程第5條第1項第3款規定，立法院所設各種委員會除審查該院交付各委員會之議案及人民請願書，並得於每會期開始時，邀請相關部會作業務報告，並備質詢，於審查議案後提報院會決定。是立法委員在立法院各委員會內對行政機關提案，係基於憲法賦予之職權範圍內之行爲，本屬立法委員職務上應爲之行爲。而立法院內雖設各種委員會處理不同之事務，此僅係立法院爲有效處理議事所爲之分配，不得僅因立法委員分屬於不同委員會而否定其仍可藉由透過其他委員會委員名義代爲提案之權力。因此立法委員在立法院院會、各委員會、委員會公聽會及黨團協商所爲提案、連署、審議、質詢等議事活動，均屬憲法賦予立法委員之固有職權。惟一般人民請願，除依立法院各委員會組織法之規定向立法院提出請願書外，亦有以向立法委員提出陳情書之方式爲之。立法委員就人民向其陳情之事項，以立法委員國會辦公室名義召開協調會之方式，邀請與其所掌理法律、預算等議案及質詢與備詢有關之行政機關派員出席者，受邀之行政機關依行政慣例及習慣，原則上均會予以尊重而派員出席參與立法委員主持之協調會，該以立法委員國會辦公室名義，邀請相關行政機關派員出席協調會之行爲，除已具有公務行爲之外觀外，且與憲法賦予立法委員議決、審查、質詢及備詢等主要職務有密切關聯性，亦屬其職務範圍內得爲之行爲，此均在貪污治罪條例第5條第1項第3款收受賄賂罪之構成要件「職務上之行爲」之文義涵攝範圍內。原判決依憑上訴人之供述（坦承以立法委員國會辦公室名義，邀集相關行政機關代表召開其所主持之3次協調會議，並將由其在立法院所配置之助理人員所擬具之「要求交通主管機關研議擴大高雄港區管理範圍」提案

交予黨團助理處理，嗣該提案在立法院交通委員會提案連署後通過附帶決議，函送行政院參考）、證人陳佳成、陳琦美、莊適緯之證詞，及卷附立法委員鍾紹和國會辦公室傳真函、交通部出席會議報告單、能源局出席會議報告、高雄港務局函、立法院秘書長、立法院議事處函暨附件等證據資料，認定上訴人在立法委員任期且同時擔任立法院經濟委員會委員期間，有以「立法委員鍾紹和辦公室」名義，由其擔任主持人，就本件申請案其中關於「業者欲以油輪於高雄港外海海域進行油品接駁轉運作業，為釐清主管機關」事項，邀集航政司、能源局、環保署、高雄港務局及經建會等機關代表人員在其國會辦公室召開3次協調會議，並作成「建請經建會邀集相關單位釐清本件申請案主管機關〈第1次協調會〉」、「請經建會研究本申請案能否活絡國家經濟及商業活動，有助於我國成為亞太營運中心之發展。請能源局就國家能源發展政策評估本申請案之可行性，另請交通部檢討評估將高雄港港外水域自岸線向外海延伸為7浬之可行性〈第2次協調會〉」、「本件申請案之管轄機關為能源局，請該局擔任受理窗口，再會商行政院海岸巡防署、環保署、海關及高港局意見，並可考慮委託高港局管理。請能源局適時修正石油管理法，將海域範圍納入規範〈第3次協調會〉」等決議，並將其配置之助理人員所擬具「要求交通主管機關研議擴大高雄港區管理範圍」草案，透過黨團助理由立法院交通委員會委員提案及連署，嗣並通過附帶決議，函送行政院卓參等行為，已詳敘其憑據。並說明上訴人在擔任立法委員期間既有審查經建會及能源局等行政機關相關法律、預算等議案及質詢之權，且同時身為經濟委員會之委員，對配屬經濟委員會之經建會、經濟部及其所轄能源局職掌之事項，亦有審議、邀請作業報告及備質詢之權。故上訴人將其助理人員所擬具上述提案內容，透過黨團助理委請交通委員會委員連署提案並在交通委員會以附帶決議方式通過上述提案，則其上開將其助理人員擬具上述提案內容，透過黨團助理委由立法院交通委員會提案之行為，自屬上訴人之立法委員職權範圍內之事項。而其以「立法委員鍾紹和辦公室」名義，3次邀請經建會、能源局、航政司、高雄港務局及環保署等行政機關出席其所主持之協調會等方式，均具有公務行

爲之外觀，且受邀之相關行政機關，就立法委員以國會辦公室名義正式邀請出席協調會之行爲，依行政慣例及習慣，原則上均會予以尊重而派員參與。則上訴人邀請能源局等行政機關召開3次協調會之行爲，均係附隨立法委員主要職務之輔助行爲，且與立法委員之主要職務有密切關聯性，亦屬其職務上得爲之行爲。從而，上訴人上開3次召開協調會及將助理擬具上述提案內容，透過黨團助理在交通委員會提案等行爲，均屬立法委員職務上之行爲等旨綦詳。原判決因認上訴人上開召開協調會及相關提案等行爲，係屬貪污治罪條例第5條第1項第3款所規定收受賄賂罪，其中所指公務員「職務上之行爲」，依上述說明，尙難遽指爲違法。上訴意旨以其所爲係針對人民陳情請託之事項所爲之選民服務，並非屬立法委員職務上行爲範圍內之事項，而據以指摘原判決此部分論斷不當云云，依上述說明，要屬誤解，自非合法之第三審上訴理由。至於上訴人對於本件相關行政機關人員是否具有上下隸屬之監督關係，其邀請相關行政機關人員到其立法委員國會辦公室召開協調會，及將其助理所擬具相關提案內容透過黨團助理在立法院交通委員會提案並作成附帶決議函請行政院參考等相關職務上之作爲，對於相關行政機關是否有事實上或法律上之拘束力，以及其上述各項作爲對於本件申請案之順利通過或達成是否具有實質上之影響力，亦即是否能使各該相關行政機關配合其請求修改相關法令，以達成董欣躍向其請託協助本件申請案之目的，均與判斷上訴人因收受董欣躍所交付之金錢而爲上述召開協調會及相關提案之行爲，是否爲上訴人基於其立法委員職務上之行爲無關，原判決雖然併就此部分加以論述，然並不影響本件關於上述爭點之論斷與判決之結果。上訴意旨雖併就原判決關於此部分之論述加以指摘批評，然因與本件判決結果不生影響，亦難認係適法之第三審上訴理由。

- (三)、貪污治罪條例第5條第1項第3款所規定之公務員對於職務上之行爲收受賄賂罪，祇須所收受之賄賂或不正利益與其職務上行爲具有相當對價關係，即已成立。而依實務上所見，行賄者與公務員爲逃避刑責，往往假借餽贈、酬謝、借貸、投資或政治獻金等各種名義變相授受賄賂或其他不正利益，或利用時間之間隔，於事前或事後授受賄賂或其他不正利益

，以圖掩人耳目。則兩者之間是否具有相當「對價關係」，應從實質上就公務員職務上行爲之內容、交付者與收受者之關係、雙方授受金錢、財物或利益之種類、價額、交付之時間與真正原因等客觀情形綜合加以審酌，不能僅憑當事人所供述形式上授受金錢或其他利益之原因，或授受之時間係在公務員所爲職務上行爲之前或之後，作爲判斷是否具有對價關係之依據。故公務員所收受之金錢、財物或其他利益，若與其職務上特定行爲之間具有原因與目的之對應關係者，不論係在事前或事後交付，或假借餽贈、酬謝、借貸、投資或政治獻金等各種名義或說詞之變相給付，均難謂與其職務無涉而無相當對價關係。原判決已於理由內敘明：依上訴人之供述（即董欣躍就本件申請案遭高雄港務局駁回申請後向其提出陳情，其有針對本件申請案召開3次協調會及將其助理所擬具前提案內容之提案交黨團助理處理，該提案經送請立法院交通委員會通過附帶決議函請行政院參考，以及於100年4月15日在聚利順公司辦公室收受董欣躍交付之現金300萬元等情），及證人董欣躍所爲不利於上訴人之證述（即其拜託上訴人有關本件申請案，經常麻煩上訴人協助處理與上開申請駁油證照有關之行政機關，上訴人均盡心盡力予以協助推動辦理，其爲感謝上訴人，在上訴人前往其辦公室用餐時交付300萬元予上訴人。其請上訴人幫忙召開協調會，要給付差旅費予上訴人時，上訴人曾表示沒幫忙辦什麼事，不用拿錢。經其表明如果上訴人不收，其以後不敢再拜託上訴人辦事情，最後上訴人才收下該300萬元等情），以及卷附聚利順公司會計帳冊、永順集團付款申請書及上訴人與董欣躍相約在聚利順公司辦公室用餐之電話通訊監察錄音譯文等證據資料，佐以證人董欣躍係於100年4月15日交付上訴人300萬元，當時正值上訴人已召開第1、2次協調會後仍無法獲致結論，而有待上訴人召開後續協調會以釐清本件申請案主管機關之際，可見證人董欣躍係爲酬謝上訴人爲其所請託之本件申請案召開第1、2次協調會，並期待上訴人後續作爲以協助其釐清本件申請案之主管機關，以利其能向該主管機關提出本件申請案，始交付上訴人300萬元。再參酌證人董欣躍證稱因上訴人有協助處理其公司申請駁油執照事宜，故在交付該300萬元前即已多次欲餽贈現金予上訴人而遭拒絕等情

，此亦為上訴人所自承不諱，則證人董欣躍於100年4月15日再度向上訴人表示：「你收回去（指收下現金300 萬元），以後如果有什麼事我敢拜託你，如果沒有（指沒有收下該筆300 萬元現金）我不敢再拜託你了」時，已向上訴人表明該筆款項係為酬謝上訴人利用其立法委員職務上得為之行爲以協助處理本件申請案之對價，且上訴人對此亦知之甚詳，竟仍同意收受之。可見上訴人主觀上有將董欣躍所交付之300 萬元，作為其以召開協調會及提案等方式協助推動本件申請案行為之對價關係之意思無訛。至於上訴人雖無權決定本件申請案之管轄或主管機關，亦無從決定行政機關之政策，惟董欣躍交付300 萬元現金予上訴人，無非希冀可藉由上訴人之立法委員身分及其相關職權以協助推動本件申請案，而上訴人明知董欣躍交付300 萬元現金之目的，竟仍同意收受，並以立法委員國會辦公室之名義而為召開協調會及相關提案等職務上之行爲，堪認上訴人所收受之300 萬元賄賂，與其職務上之行爲具有相當之對價關係等旨綦詳（見原判決第45頁倒數第2行至第52頁倒數第4行）。是原判決已就上訴人於100年4月15日收受董欣躍給予之300 萬元，與其為協助董欣躍推動本件申請案所召開之3 次協調會，及將其助理草擬相關提案內容透過黨團助理交由立法院交通委員會提案通過附帶決議以函請行政院參考等職務上之行爲間，何以具有對價關係，詳細說明其認定之理由。並就董欣躍事後改為有利於上訴人之證述（即證稱該300 萬元係單純餽贈及贊助上訴人選舉服務處等語，以及於原審附和上訴人之辯詞，改稱該300 萬元係拜託上訴人在印尼投資及幫助大陸朋友，或償還上訴人之代墊款，而籠統給上訴人一筆錢云云），何以係迴護上訴人之詞而均不足以採信，以及證人鄭金玲所為有利於上訴人之證詞，如何與上訴人於第一審所供述其交付該提案之過程明顯不相吻合，且悖於立法委員就與問政表現有關之提案行為所應有之行爲態樣，亦不足以採信；均在理由內詳加指駁及說明（見原判決第42頁第5行至第43頁倒數第2行、第52頁倒數第3行至第56頁第15行、第62頁倒數第1行至第64頁第16行）。核其所為之論斷，均與經驗法則及論理法則無違。至證人陳佳成雖於第一審證稱：「因莊先生及陳小姐（即莊適緯及陳琦美，均為聚利順公司員工）一直詢問有無進度



，如何處理，才決定召開第3 次協調會」等語，然亦同時證稱：「第3 次協調會是伊與委員（即上訴人）確認可以出席之時間，就發通知」等語，可知該次協調會之召開，確實已獲得上訴人之肯認；則陳佳成上開證詞，尚不能作為有利於上訴人之認定。原判決縱未就董欣躍前揭所為有利於上訴人之證詞，逐一說明何以不能採為有利於上訴人認定之理由，亦未就陳佳成上開證詞，說明其何以不能採為有利於上訴人之論斷，而略有微疵，然對於本件判決結果均無影響，仍不得據為合法之第三審上訴理由。此外，本件原判決認定上訴人收取董欣躍給予之300 萬元，係「協助（推動）」，而非「保證」本件申請案必能順利通過，上訴人既已以召開協調會及提案等方式，協助推動及處理與本件申請案有關之管轄主管機關等問題，尚不因依現行法令及有關機關考量高雄港之水域深度、災害搶救能力及衝擊當地漁撈作業等因素，本件申請案最後仍未獲有關機關受理，而影響上訴人所犯本件公務員對於職務上之行爲收受賄賂罪之認定。上訴意旨謂其所收受之300 萬元與其立法委員職務上行爲並無關聯，而不成立上開罪名云云，無非係就原審採證認事職權之適法行使，徒憑己見，再事爭執，亦非合法之上訴第三審理由。

- (四)、依石油管理法第3條明定石油管理之主管機關在中央雖為經濟部，惟經濟部就該法第17條規定申請加油站經營許可執照等業務，為簡政便民，依加油站設置管理規則第4 條規定，已於91年1 月16日起委由直轄市、縣（市）主管機關辦理。本件申請案所示駁油作業地點位於高雄港水域範圍外之我國領海內，關於我國領海內海域加油站之申請設置及經營許可執照核發，應向管轄作業地點所在海域之地方主管機關申請設置，有卷附交通部105年7月14日交航（一）字第000000000 00號函，及經濟部105年7月25日經授能字第000000000000 號函可佐。依上開說明，本件申請案管轄機關應屬高雄市政府。惟上訴人既未邀請高雄市政府派員出席協調會，且誤認本件申請案屬中央主管機關管轄之事項，而收取董欣躍給予之300 萬元現金，並已邀請與其立法委員議決、預算等議案及質詢與備詢有關之上述中央行政機關派員出席其為處理本件申請案所召開之協調會或為相關提案等職務上之行爲。則上訴人所為公務員對於職務上之行爲收受賄賂罪，並不因本件



申請案之實際管轄機關為高雄市政府而影響其犯行認定。至上訴意旨雖另謂：原判決引用電話通訊監察錄音譯文、交通部、聚利順公司、高雄港務局、環保署、財政部關稅總局、能源局、立法院秘書長、立法院議事處、經濟部等機關函文暨附件，及立法院全球資訊網鍾紹和委員簡介、立法委員鍾紹和國會辦公室傳真函、交通部出席會議報告單、環保署同仁與立法委員或其助理訪談紀要、財政部關稅總局會議報告、能源局出席會議報告、財政部關稅總局會議報告、能源局出席會議報告等資料，作為伊等犯罪之證據，然並未說明上開證據何以具有證據能力之理由云云。惟上訴人及其選任辯護人於第一審及原法院前審（即第1次上訴審）審理時，對於法院詢問有關卷內上開非供述證據等證據資料證據能力之意見時，均僅表示「對起訴書之物證編號7即聚利順公司內部會計帳冊兩份無證據能力，其他無意見」等語（見第一審卷第42頁、第51至52頁、第246至252頁、第280頁反面至第281頁反面、上訴審卷一第129頁正反面、卷二第10至26頁、第46頁正反面），於原審（即更(一)審）行準備程序時則表示「其對起訴書之物證編號7即聚利順公司內部會計帳冊兩份無證據能力，其他均同意有證據能力」等語（見原審卷一第134頁反面至第135頁）。嗣於原審審判期日除對會計帳冊主張無證據能力外，其餘則均表示無意見（見原審卷二第146至166頁反面，第185至186頁）。原判決審酌該等非供述證據與本件待證事實具有相當關聯性，且無違法取得等情事，因而作為本件上訴人犯罪之證據，於法尚無不合。況上訴人及其選任辯護人於第一審及原審均未爭執上述非供述證據之證據能力，原判決因而未對此加以說明，亦難認有理由不備之違誤情形。上訴人執此指摘原判決違法不當，亦難認係適法之第三審上訴理由。至其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原審採證認事職權之適法行使，暨原判決已明確論斷說明之事項，漫為爭執，並就其前揭作為是否為立法委員職務上之行為，以及該行為與其向董欣躍所收取之300萬元間有無對價關係之事實評價，暨其他不影響判決結果之枝節性問題，再事爭執，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合；揆之首揭說明，其上訴為違背法律上之程式，應予駁

回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 18 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 李 錦 樑

法官 林 海 祥

法官 林 靜 芬

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 23 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,3327

【裁判日期】1071018

【裁判案由】貪污等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第3327號

上訴人 李朝卿

選任辯護人 林秀夫律師

羅閔逸（原名羅豐胤）律師

林志忠律師

上訴人 簡瑞祺

選任辯護人 沈崇廉律師

宋永祥律師

上訴人 陳益軒

上列上訴人等因貪污等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年6月14日第二審判決（104年度矚上訴字第1466號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署101年度偵字第4223、4450號、102年度偵字第432、433、434、1189、1190、1191、1192號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於李朝卿所犯如原判決犯罪事實欄五（即原判決附表一編號3至90）所載公務員共同對於職務上之行爲收受賄賂共4罪，以及公務員共同經辦公用工程收取回扣共84罪；李朝卿、簡瑞祺所犯如原判決犯罪事實欄七（即原判決附表一編號92至100；附表二編號2至10）所載公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）共同對於職務上之行爲收受賄賂各共9罪；李朝卿、簡瑞祺所犯如原判決犯罪事實欄八所載其中關於公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）共同經辦如原判決附件B編號84至87（即原判決附表一編號101至104；附表二編號11至14）所載公用工程收取回扣各共4罪；李朝卿、簡瑞祺所犯如原判決犯罪事實欄九（即原判決附表一編號110、111；附表二編號20、21）所載公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）共同對於職務上之行爲收受賄賂及共同對於職務上之行爲期約賄賂各1罪部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

## 理 由

壹、撤銷發回（即李朝卿如原判決犯罪事實欄五〈即原判決附表一編號3 至90〉所載公務員共同對於職務上之行爲收受賄賂共4 罪，以及公務員共同經辦公用工程收取回扣共84罪；李朝卿、簡瑞祺如原判決犯罪事實欄七〈即原判決附表一編號92至100 ；附表二編號2 至10〉所載公務員〈李朝卿〉與非公務員〈簡瑞祺〉共同對於職務上之行爲收受賄賂各共9 罪；李朝卿、簡瑞祺如原判決犯罪事實欄八所載其中關於公務員〈李朝卿〉與非公務員〈簡瑞祺〉共同經辦如原判決附件B 編號84至87〈即原判決附表一編號101 至104 ；附表二編號11至14〉所載公用工程收取回扣各共4 罪；李朝卿、簡瑞祺如原判決犯罪事實欄九〈即原判決附表一編號110 、111 ；附表二編號20、21〉所載公務員〈李朝卿〉與非公務員〈簡瑞祺〉共同對於職務上之行爲收受賄賂，以及共同對於職務上之行爲期約賄賂各1 罪）部分：

本件原判決認定(一)、上訴人李朝卿有其犯罪事實欄五（即原判決附表一編號3 至90）所載，即與於下列事實發生時擔任南投縣政府○○處○○之黃榮德、南投縣政府○○張志誼及南投縣政府○○處○○李中誠等人，共同基於經辦公用工程收取回扣或對於職務上行爲收受賄賂之犯意聯絡，而對於南投縣政府工務處所發包之相關工程，共同爲公務員對於職務上之行爲收受賄賂共4 次（即原判決附表一編號3 至6 所示），以及共同經辦公用工程收取回扣共84次（即原判決附表一編號7 至90所示）之犯行，因而撤銷第一審關於李朝卿上開部分科刑之判決，改判論李朝卿以公務員共同對於職務上之行爲收受賄賂共4 罪，以及公務員共同經辦公用工程收取回扣共84罪，分別量處及宣告如原判決附表一編號3 至90「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑暨褫奪公權，以及諭知相關之沒收及追徵。(二)、李朝卿與上訴人簡瑞祺有其犯罪事實欄七（即原判決附表一編號92至100 及附表二編號2 至10）所載，即與於下列事實發生時擔任南投縣政府○○之張志誼及簡瑞祺之友人洪宗賢共同基於對於職務上行爲收受賄賂之犯意聯絡，而共同對於南投縣政府觀光處所發包之相關工程，爲公務員（李朝卿、張志誼）與非公務員（簡瑞祺、洪宗賢）共同對於職務上之行爲收受賄賂共9 次之犯行，因而撤銷第一審關於李朝卿、簡瑞祺上開部分科刑之判決，改判論李朝卿、簡瑞祺以公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）共同對於職務上之行爲收受賄賂各

9 罪，分別量處及宣告如原判決附表一編號92至100 及附表二編號2 至10「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑暨褫奪公權，以及諭知相關之沒收及追徵。(三)、李朝卿、簡瑞祺與於下列事實發生時擔任南投縣政府○○之張志誼共同基於經辦公用工程收取回扣之犯意聯絡，共同對於南投縣政府所發包如原判決犯罪事實欄八其中關於如原判決附件B 編號84至87（即原判決附表一編號101 至104 及附表二編號11至14）所載工程，為公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）共同經辦公用工程收取回扣各4 次之犯行，因而撤銷第一審關於李朝卿、簡瑞祺上開部分科刑之判決，改判論李朝卿、簡瑞祺以公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）共同經辦公用工程收取回扣各共4 罪，分別量處及宣告如原判決附表一編號101 至104 及附表二編號11至14「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑暨褫奪公權，以及諭知相關之沒收及追徵。(四)、李朝卿、簡瑞祺有其犯罪事實欄九（即原判決附表一編號110、111 及附表二編號20、21）所載，即與於下列事實發生時擔任南投縣政府○○之張志誼及簡瑞祺之友人洪宗賢共同基於對於職務上行爲收受賄賂之犯意聯絡，而共同對於南投縣政府於民國101 年間辦理「全民運動會」，就其中之「101 年全民運動會場地佈置及獎品紀念品採購」（下稱「紀念品採購案」）、「101 年全民運動會典禮及各項表演相關採購」（下稱「表演採購案」，分別為公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）共同對於職務上之行爲收受賄賂，以及共同對於職務上之行爲期約賄賂之犯行，因而撤銷第一審關於李朝卿、簡瑞祺上開部分科刑之判決，改判論李朝卿、簡瑞祺以公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）共同對於職務上之行爲收受賄賂，以及共同對於職務上之行爲期約賄賂各1 罪，分別量處及宣告如原判決附表一編號110、111 及附表二編號20、21「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑暨褫奪公權，以及諭知相關之沒收及追徵，固非無見。

惟查：(一)、按貪污治罪條例第5 條第1項第3款之不違背職務要求、期約及收受賄賂罪，係以公務員對於職務上之行爲，要求、期約或收受賄賂，或其他不正利益，為其犯罪成立要件。於他人對公務員職務上行爲行求、期約或交付賄賂者，以該他人對公務員職務上之特定行爲，有行求、期約與交付賄賂之意思與行爲，而公務員對其職務範圍內之特定行爲，有允諾踐履之意思，且與行賄人之行求、期約、交付賄賂或其他不正利益之間具有對價關

係者，始足當之。故有罪之判決書，對於行賄者究竟對於公務員何種職務上之特定行為有請求踐履之意思，以及該公務員對於其何項職務範圍內之特定行為，有允諾踐履之意思？行賄者與受賄者雙方達成期約或交付賄賂之對價關係為何，均應詳加調查認定記載明白，並於理由內加以論敘說明，始足為論罪科刑之依據。原判決認定李朝卿有其事實欄五之(一)、(二)，及其事實欄七之(一)、(二)、(三)、(四)、(五)、(六)、(七)、(八)、(九)，以及其事實欄九（即原判決附表一編號3、4、5、6、92、93、94、95、96、97、98、99、100、110、111）所載公務員共同對於職務上之行為，收受及期約賄賂之犯行；另簡瑞祺有其事實欄七之(一)、(二)、(三)、(四)、(五)、(六)、(七)、(八)、(九)，以及其事實欄九（即原判決附表二編號2、3、4、5、6、7、8、9、10、20、21）所載非公務員與公務員共同對於職務上之行為，收受或期約賄賂之犯行，而論李朝卿與簡瑞祺以貪污治罪條例第5條第1項第3款之公務員不違背職務收受及期約賄賂罪；然其就行賄者究竟對於李朝卿何種職務上之特定行為有請求踐履之意思，以及李朝卿與簡瑞祺2人共同對於李朝卿何項職務範圍內之特定行為，有允諾踐履之意思？其2人與行賄者達成期約或交付賄賂之對價關係為何？並未於事實欄內加以認定記載明白，亦未於理由內加以論敘說明，依上述說明，自不足以為論處上述罪名之依據。(二)、貪污治罪條例第4條第1項第3款就公務員建築或經辦公用工程或購辦公用器材、物品，浮報價額、數量，收取回扣或有其他舞弊情事者，特別嚴予規範，列為本條例處以最重刑度之貪污類型之一；考其立法意旨，係在於公用工程及公用器材、物品，係供公眾或多數人使用，與公眾安全、公共利益密切相關，對於建築、經辦或購辦公務員之廉潔，自應為高度之要求，嚴防其有貪污舞弊之行為，並將浮報價額、數量，收取回扣等承辦公用工程或公用器物採購常見之舞弊手法，列明於本款，以杜爭議，並資為認定其舞弊內涵之參考。至其是否以公務員職務上之行為，或違背職務之行為作為對價，究係公務員主動要求，抑或對方主動交付，就上開立法意旨觀之，均非所問。故貪污治罪條例第4條第1項第3款之收受回扣及舞弊罪，與同條項第5款之公務員違背職務收受賄賂罪，或同條例第5條第1項第3款之公務員對於職務上之行為收受賄賂罪，其規範目的、構成要件與行為態樣均有不同。原判決於其理由內說明：「收受回扣罪因具有誘使對方廠商偷工減料之高度

可能性，故其可罰性相當於（公務員）違背職務收受賄賂罪，同列為貪污治罪條例第4 條之『一級貪污罪』，又依據政府採購法第2 條，政府採購法所稱之採購，包括工程、財物及勞務採購3 種，因政府採購法係於87年5 月27日制定公布，並自公布後1 年施行，而貪污治罪條例早於52年7 月15日制定公布（原稱『戡亂時期貪污治罪條例』），可見制定在後之政府採購法將採購分為工程、財物及勞務採購，即有意將公用工程之實體工程部分與相關設計監造部分予以區隔，依據體系解釋，及重罪構成要件尤應嚴格解釋之刑法基本原則，應認貪污治罪條例第4 條第1 項第3 款所稱之『經辦公用工程』，僅限於實體工程，而不包括相關設計監造及服務之部分，是縱使公務員經辦公用工程時針對公用工程之設計監造部分收取回扣，亦僅能論以同條例第5 條第1 項第3 款之（公務員）不違背職務收取賄賂罪，而未能論以同條例第4 條第1 項（之罪）」云云（見原判決第413 頁第4 行至倒數第10行）。原判決依據其上開說明，因而將本件上訴人李朝卿、簡瑞祺被訴就其等所經辦之公用工程其中關於設計監造部分收受回扣之行爲，均變更起訴法條，改論以同條例第5 條第1 項第3 款之（公務員）不違背職務收取賄賂罪。惟政府採購法之立法宗旨在於建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，以確保採購品質；其雖將採購內容分為工程、財物及勞務等3 種採購，然此僅係便於分類管理，以提升採購效能，與貪污治罪條例第4 條第1 項第3 款之收受回扣及舞弊罪，其適用範圍之認定並無重要關聯。而上開罪名中所稱「公用工程」除實體建造工程外，在解釋上尚應包括與實體工程密切不可分之設計及監造部分。蓋工程設計、監造部分與實體工程在採購程序上雖可分開處理，但就整體公用工程之完成與品質而言，均屬重要而不可或缺之一環。尤其設計部分，關係公用工程之結構、用料、施工方法（包括技術規格等）與完成，為公用工程重要之前置性作業，而監造部分則係對工程施工方法、用料及工程品質加以監督，以防止用料不當或未按圖施工，二者對於公用工程之品質與大眾利益與安全均具有密切之關聯，其重要性並不亞於實體工程之經辦與公用器物之採購，基於維護公用工程之品質，以保障公眾之利益、安全，並導正公務員經辦公用工程之廉潔性，自應將工程設計、監造部分，與實體工程部分一併同視為公用工程整體不可分割之一部分，而同受上述罪名之規範，方屬無違貪污治罪

條例第4 條第1 項第3 款收受工程回扣罪之立法目的。原判決雖依據「重罪構成要件嚴格解釋」之刑法原則，將公用工程之實體工程部分與相關設計監造部分予以區隔，認貪污治罪條例第4 條第1 項第3 款所稱之「經辦公用工程」，僅限於實體工程，並不包括相關設計、監造部分在內，而將公務員就公用工程其中設計、監造部分收受廠商回扣之行爲，改論以同條例第5 條第1 項第3 款之（公務員）不違背職務收取賄賂罪，然並未詳細審酌及說明其此項區隔及限縮法律適用之結果，是否真正符合貪污治罪條例第4 條第1 項第3 款所規定收受工程回扣罪之文義解釋及其立法旨趣，遽爲上開論斷，尙嫌理由欠備。又原判決理由一方面說明「收受回扣罪因具有誘使對方廠商偷工減料之高度可能性，故其可罰性相當於（公務員）違背職務收受賄賂罪，同列爲貪污治罪條例第4 條之『一級貪污罪』」云云，另方面又將李朝卿、簡瑞祺被訴就其等所經辦之公用工程其中關於設計監造部分收受回扣之行爲，改論以同條例第5 條第1 項第3 款之（公務員）不違背職務收取賄賂罪，其論斷亦有矛盾。（三）、科刑之判決書，其宣示之主文，與所載之事實及理由，必須互相適合。若主文之諭知，與事實記載及理由說明互相齟齬，即屬判決理由矛盾之當然違背法令。又證據雖已調查，若尙有其他足以影響於判決結果之重要證據或疑點未予調查釐清者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。（1）、原判決認定李朝卿與黃榮德、張志誼及李中誠共同爲如其犯罪事實欄五之（三）、（四）（即原判決附表一編號7至90）所載，即就南投縣政府工務處所發包之相關工程，共計收受「回扣」新臺幣（下同）530萬9,926元（原判決認起訴書誤載爲955 萬元，應予更正），其中扣除黃榮德、李中誠各分得回扣款60萬元，張志誼分得回扣款80萬元及吳仲琪拿取作爲公關代墊費用之20萬元款項後，李朝卿共計分得回扣款326 萬8,226 元（原判決認起訴書誤載爲515 萬元，應予更正）等情（見原判決第18頁第10至14行）。苟屬無訛，李朝卿關於上述犯行部分其所實際分得之回扣款似僅爲310 萬9,926 元（即530 萬9,926 元減60萬元、60萬元、80萬元、20萬元），而非其所認定之326 萬8,226 元，是原判決認定李朝卿就上開犯行部分共分得回扣款326 萬8,226 元一節，似與其前揭事實之認定彼此互相矛盾。又原判決既說明共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，應就各人所分得之數額爲之。並說明所謂各人



「所分得」之數額，係指各人「對犯罪所得有事實上之處分權限」而言，法院應視具體個案之實際情形而為認定，倘若共同正犯各成員內部間，對於不法利得分配明確時，即應依各人實際分配所得沒收等旨（見原判決第414頁第2至9行、第431頁第15至18行）。則縱認原判決關於李朝卿如其犯罪事實欄五之(三)、(四)（即原判決附表一編號7 至90）所載之犯行部分，認定其所分得之回扣款共計為326 萬8,226 元，然依據原判決所為上開說明之意旨，法院似僅得在李朝卿上開實際分配所得之數額（即326 萬8,226 元）內予以宣告沒收。乃原判決於李朝卿上開犯行之主文（即原判決附表一編號7 至90之「論罪科刑及沒收」欄）項下，所宣告沒收或追徵（包括扣案及未扣案）之金額卻共計為491 萬1,150 元（即原判決附表一編號7 至90沒收及追徵金額之總計），顯已超過李朝卿此部分所實際分得而應予宣告沒收之範圍（即326 萬8,226 元），致其事實欄之上開記載與理由內之前揭說明，顯與李朝卿上述部分主文關於沒收之諭知，彼此互有齟齬，依首揭說明，難謂無判決理由矛盾之違誤。又犯貪污治罪條例第4 條至第6 條之罪，其所得或所圖得財物或不正利益究竟若干，關涉犯罪行為人是否有該條例第12條第1 項等相關規定之適用；且沒收及追徵以剝奪人民之財產權為內容，係對於人民基本權所為之干預，是法院對於犯罪行為人之犯罪所得究為若干？自應詳予調查釐清，始足以為前揭適用法律之依據。究竟李朝卿上述犯行（即原判決附表一編號7 至90）部分，其各罪所實際分得之犯罪所得究為若干？此與李朝卿上開部分犯罪事實之認定，以及其所犯各罪應宣告沒收或追徵之金額究為若干？暨如何為法律之適用攸關，原審對此未詳加調查釐清，遽為前揭矛盾之認定及沒收與追徵之諭知，亦有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。(2)、原判決認定李朝卿、簡瑞祺與張志誼及洪宗賢共同為如其犯罪事實欄七（即原判決附表一編號92至100 ；附表二編號2 至10）所載，亦即就南投縣政府觀光處所發包之相關工程，為公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）共同對於職務上之行為收受賄賂各共9 次之犯行，所共同收受之賄賂款共計約45萬元，其中15萬元歸洪宗賢分得，所餘30萬元則由洪宗賢交付給簡瑞祺收受（此部分尚無證據證明簡瑞祺有將所收得回扣款交付或分配予李朝卿、張志誼）等情（見原判決第26頁第14至18行）。苟屬無訛，簡瑞祺所為如原判決犯罪事實欄七所載之犯行部分，實際上僅分得

賄賂款項30萬元（即45萬元減15萬元）。參以原判決同前(三)之(1)內之說明（見原判決第414頁第2至9行、第431頁第15至18行），則法院似僅得在簡瑞祺上開實際分配所得之數額（即30萬元）內予以宣告沒收，始為適法。乃原判決卻於簡瑞祺所犯如其犯罪事實欄七所示之罪部分之主文（即原判決附表二編號2至10之「論罪科刑及沒收」）項下，所宣告沒收或追徵（包括扣案及未扣案）之金額卻共計為43萬元（即原判決附表二編號2至10沒收及追徵金額之總計），顯已超過簡瑞祺此部分所實際分得而應予宣告沒收之範圍（即30萬元），致其事實欄之上開記載與理由內之前揭說明，與簡瑞祺上述部分主文之諭知，彼此互有齟齬，難謂無判決事實、理由與主文矛盾之違誤。究竟李朝卿、簡瑞祺所為如原判決犯罪事實欄七（即原判決附表一編號92至100；附表二編號2至10）所載之犯行部分，其等犯罪所得及實際所分得之金額究為若干？此與李朝卿、簡瑞祺上開部分犯罪事實之認定，以及其等所犯各罪應宣告沒收或追徵之數額究有若干？暨如何為法律之適用攸關，原審對此未詳加調查釐清，遽為前揭矛盾之認定及沒收或追徵諭知，亦有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。(3)、原判決認定李朝卿、簡瑞祺、張志誼及洪宗賢共同就其犯罪事實欄九其中關於「紀念品採購案」（即原判決附表一編號110；附表二編號20）部分，為公務員（李朝卿、張志誼）與非公務員（簡瑞祺、洪宗賢）共同對於職務上之行為收受賄賂之犯行，由施錦郎、江宥頡將賄賂款50萬元交予洪宗賢，再由洪宗賢將該賄賂款50萬元交予簡瑞祺收受，簡瑞祺並將其中之賄賂款10萬元交予洪宗賢作為酬勞（本件尚無證據證明簡瑞祺有將所收受之賄賂交付或分配予李朝卿、張志誼2人）等情（見原判決第29頁第5至11行）。苟屬無訛，簡瑞祺所犯如原判決犯罪事實欄九所載其中關於「紀念品採購案」之犯行部分，似僅分得40萬元（即50萬元減10萬元）。參以原判決同前(三)之(1)內之說明（見原判決第414頁第2至9行、第431頁第15至18行），則法院似僅得在簡瑞祺上開實際分配所得之數額（即40萬元）內予以宣告沒收，始為適法。乃原判決卻於簡瑞祺所犯如其犯罪事實欄九所載其中關於「紀念品採購案」部分之主文（即原判決附表二編號20之「論罪科刑及沒收」）項下，所宣告沒收或追徵（包括扣案及未扣案）之金額卻為50萬元，顯已超過簡瑞祺此部分實際所分得而應予宣告沒收或追徵之範圍（即40萬元），致其犯罪事實欄

之上開記載與理由內之前揭說明，與簡瑞祺上述部分主文之諭知，彼此互有齟齬，難謂無判決事實、理由與主文矛盾之違誤。究竟李朝卿、簡瑞祺所犯如原判決犯罪事實欄九其中關於「紀念品採購案」（即原判決附表一編號110；附表二編號20）部分，其等犯罪所得及所分得之金額究為若干？此與李朝卿、簡瑞祺上開部分犯罪事實之認定，以及其等應宣告沒收或追徵之數額究有若干，暨如何為法律之適用攸關，原審對此未詳加調查釐清，遽為前揭矛盾之認定及沒收與追徵之諭知，同有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。(四)、按有罪判決書之事實欄，為判斷其適用法令當否之準據，法院應將依職權認定與論罪科刑有關之事實，翔實記載，然後於理由內說明其憑以認定之證據，並使事實與事實，事實與理由，以及理由與理由之間彼此互相適合，方為合法。(1)、原判決於其犯罪事實欄五之(一)、(二)（即原判決附表一編號3至6）內認定李朝卿與黃榮德、張志誼及李中誠共同基於對於職務上行為收受賄賂之犯意，由「景泰工程顧問有限公司」（下稱「景泰公司」）負責人許朝呈將如原判決犯罪事實欄五之(一)之1至3（即原判決附表一編號3至5）所載部分之賄賂款共計33萬4,776元，以及由「湮崧工程顧問有限公司」負責人陳建夫將如原判決犯罪事實欄五之(二)（即原判決附表一編號6）所載部分之賄賂款6萬4,000元交付予李中誠，李中誠收受上開賄賂款後，即將上開款項交由「景泰公司」許朝呈及該公司不知情之人員保管，以便嗣後與其他回扣款一併上繳（原判決以括號註明「詳見後述」、「詳後述」）等情（見原判決第10頁倒數第9行至第13頁第8行）。但原判決嗣於其犯罪事實欄五之(三)至(五)（即原判決前揭所稱之「詳見後述」、「詳後述」）所記載之事實，僅有李朝卿與黃榮德、張志誼及李中誠如何共同為經辦公用工程收取回扣（即原判決附表一編號7至90）之犯行，以及李中誠如何前往「景泰公司」處理所收取「回扣」之情節，並無李中誠嗣後如何處理上述賄賂款之情形，是李朝卿就如原判決犯罪事實欄五之(一)、(二)（即原判決附表一編號3至6）所載公務員（與非公務員）共同對於職務上行為收受賄賂之犯行部分，究竟有無分得賄賂款及其金額若干？俱屬不明，致其事實有欠明瞭，無從為適用法律之依據。乃原判決就上情未詳予調查釐清，並加以明確認定記載，遽將李中誠所收受前述賄賂款之全部（即33萬4,776元及6萬4,000元），均於李朝卿如原判決犯罪事實欄五之(一)、(二)

之主文（即原判決附表一編號3 至6 「論罪科刑及沒收」欄）項下予以宣告沒收（即如原判決附表一編號3 至5 所載部分所沒收及追徵之金額共計33萬4,776 元；如原判決附表一編號6 所載部分所沒收之金額6 萬4,000 元），復未於理由內詳予剖析論述說明其何以爲上開沒收及追徵論知之理由，本院對此部分自無從爲其適用法律當否之審斷。(2)、原判決於其理由內說明李朝卿、簡瑞祺與張志誼就其犯罪事實欄八所載其中關於收受豪鑫營造有限公司（下稱「豪鑫公司」）、千昌營造有限公司（下稱「千昌公司」）所交付回扣（即原判決附表一編號101 至104 ；附表二編號11至14）之犯行，彼此間互有犯意聯絡及行爲分擔，均應論以共同正犯云云（見原判決第416 頁倒數第12行至第417 頁第3 行）。惟原判決於其犯罪事實欄八內記載「……李朝卿、簡瑞祺及張志誼即共同基於經辦公用工程收取回扣之犯意聯絡，於南投縣政府農業處辦理小型工程發包時，由張志誼配合核定以公開取得企畫書之方式辦理招標，依李朝卿或簡瑞祺推薦之廠商名單通知廠商前來投標，並告知該等廠商應於得標後交付工程款一成左右之回扣款項，透過張志誼轉交給簡瑞祺，茲詳述如下（另有關「豪鑫公司」、「千昌公司」承包農業處工程所交付之回扣，則由廠商繳交至「景泰公司」，混入工務處如〈原判決〉附件B 編號84至編號87所示工程回扣款內，再由李中誠收取上繳，詳見〈原判決〉犯罪事實五部分）」云云（見原判決第26頁倒數第8 行至第27頁第2行）；並於其犯罪事實欄五之(三)內記載「……（附件B 編號84至編號87部分〈即「豪鑫公司」、「千昌公司」交付回扣款部分〉，屬於如犯罪事實欄八所載農業處發包工程部分，因該部分回扣款項之收取混入此部分工務處小型工程回扣款項之收取，故併入同一附件B，詳如下(五)〈即原判決犯罪事實欄五之(五)〉所示）：1、李朝卿、黃榮德、張志誼及李中誠基於前述共同收取回扣謀議，由黃榮德將李朝卿前開指示告知李中誠後，再由李中誠委由許朝呈、吳仲琪分別將前述應繳交決標金額一成回扣之要求傳達給如附件B 編號1 至編號87所示廠商〈其中附件B 編號84至87所示之廠商，分別係「豪鑫公司」、「千昌公司」〉」等情（見原判決第13頁第9至16行）；暨於其犯罪事實欄五之(五)內大略記載李中誠如何在「景泰公司」整理收取之回扣款項，並委請不知情之「景泰公司」會計陳妙香依據廠商交付之信封上所寫之工程名稱及金額，以電腦製作書有工程名稱及回扣金額之明

細表，並依黃榮德指示在該明細表上將回扣總金額分別計算出約六成及四成之金額後，由李中誠自己或委由吳仲琪將前述回扣款項交給黃榮德，再由黃榮德將其中部分款項分與李中誠、張志誼及黃榮德自己後，將其餘回扣款項拿至縣長官邸交給李朝卿等情（見原判決第15頁第7行至第18頁第16行）。依原判決上開記載，其一方面認定係李朝卿、簡瑞祺與張志誼3人共同為收受「豪鑫公司」、「千昌公司」所交付回扣款之犯行。另一方面卻又認係李朝卿與黃榮德、張志誼、李中誠、許朝呈及吳仲琪等6人共同收受「豪鑫公司」、「千昌公司」所交付之回扣，其對於參與此部分收受工程回扣款共同正犯人數之認定，前後似有矛盾，已有可議。又簡瑞祺與「豪鑫公司」、「千昌公司」投標及承包南投縣農業處所發包之工程間究有何關聯？另簡瑞祺就收取上述工程回扣款之犯行，究與李朝卿、黃榮德、張志誼、李中誠、許朝呈及吳仲琪等人間如何互為犯意聯絡及行為分擔？原判決對此俱未加以認定與說明，致此部分事實猶非明瞭。惟上開疑點與李朝卿、簡瑞祺關於上述部分犯罪事實之認定及法律之適用攸關，自有詳予究明釐清，並於事實欄內為明確認定記載，暨於理由內加以剖析論述明白之必要。原判決對於前揭攸關犯罪成立重要事實之認定不明，復未於理由內詳予剖析論述說明，本院自無從為其適用法律當否之審斷。(五)、貪污治罪條例第5條第1項第3款之公務員對於職務上之行為，要求、期約、收受賄賂或其他不正利益罪，其所稱之要求、期約、收受賄賂或不正利益，係屬階段行為；其中關於期約賄賂或期約不正利益階段之行為，須行賄者與受賄者雙方就交付賄賂或利益之內容，雙方意思已達成合致而尚未交付者，始足當之，若僅有要求賄賂，而雙方對於所交付之賄賂或利益，意思尚未達成合致者，則仍屬要求之階段，而非期約。原判決於其犯罪事實欄九所載其中關於南投縣政府101年全民運動會典禮及各項表演之「表演採購案」（即原判決附表一編號111；附表二編號21所載）部分，認定李朝卿、簡瑞祺、張志誼及洪宗賢共同基於對於職務上之行為期約、收受賄賂之犯意聯絡，由李朝卿核定該案採限制性招標公開評選方式辦理，並由簡瑞祺透過洪宗賢洽詢「仟臣贈品商行」負責人江有頡承包上開表演採購案，然因江有頡之「仟臣贈品商行」不具投標資格，江有頡遂再找「錦崙實業股份有限公司」負責人施錦郎合夥投標南投縣政府於101年間辦理全民運動會相關之運動會場地佈置及獎品之「

紀念品採購案」，並找「嵩誼活動創意廣告有限公司」（下稱「嵩誼公司」）負責人林松輝投標前述「表演採購案」。江宥頡、施錦郎、林松輝與洪宗賢乃於101年8月間某日，在江宥頡位於南投縣○○市○○路000號住處內商討，由洪宗賢依簡瑞祺之指示，向江宥頡、施錦郎、林松輝表示，前述相關採購案得標後須交付得標金額約一成之賄賂款項。江宥頡、施錦郎均予同意，惟林松輝則表示一成賄賂太高，故未當場允諾，僅表示會先投標。其後，洪宗賢即將上開欲指定之廠商名單告知張志誼。詎料上開「表演採購案」於101年9月20日開標結果，竟由不知情而自行前往投標之「鉅秀有限公司」以981萬1,000元得標，「嵩誼公司」因而未能標得「表演採購案」等情（見原判決第27頁倒數第2行至第28頁倒數第7行）。苟屬無訛，則洪宗賢於向林松輝表示「表演採購案」得標後，須交付得標金額約一成之賄賂款時，林松輝既表示一成賄賂太高，故未當場允諾，僅表示會先投標，且林松輝嗣亦未標得上述「表演採購案」，則李朝卿、簡瑞祺、張志誼及洪宗賢與林松輝間就上述「表演採購案」交付賄賂之內容，雙方既未達成合致之期約賄賂階段，則依前揭說明，渠等所為應仍屬要求賄賂之階段。乃原判決認李朝卿、簡瑞祺關於上開部分所為，均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爲期約賄賂罪（見原判決第417頁第7至8行、第11至12行），並於李朝卿如原判決附表一編號111「論罪科刑及沒收」項下諭知「李朝卿公務員共同對於職務上之行爲，期約賄賂……」，以及於簡瑞祺如原判決附表二編號21「論罪科刑及沒收」項下諭知「簡瑞祺非公務員與公務員共同對於職務上之行爲，期約賄賂……」云云，致其事實欄之上開記載與理由內之前揭說明暨李朝卿、簡瑞祺上述部分主文之諭知，彼此互有齟齬，難謂無判決理由矛盾之違誤。究竟李朝卿、簡瑞祺所為如原判決犯罪事實欄九所載其中關於「表演採購案」之犯行部分，其等就交付賄賂之內容是否已與林松輝達成合致而屬期約階段，抑仍屬未達成合致之要求賄賂階段？此與李朝卿、簡瑞祺上開部分犯罪事實之認定，以及應對其等上述部分所為論以何種罪名，暨主文應對其等為如何之諭知攸關。原審對此未詳加調查釐清，遽為前揭矛盾之論斷及主文之諭知，亦有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。李朝卿、簡瑞祺上訴意旨執此指摘原判決關於此部分不當，為有理由。而第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決

基礎，原判決上開違背法令情形，影響於事實之確定，本院無可據以爲裁判，應認原判決關於此部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即李朝卿所犯如原判決犯罪事實欄三〈即原判決附表一編號1〉所載公務員經辦公用工程收取回扣1罪；李朝卿、簡瑞祺所犯如原判決犯罪事實欄四〈即原判決附表一編號2及附表二編號1〉所載公務員〈李朝卿〉與非公務員〈簡瑞祺〉共同經辦公用工程收取回扣各1罪；李朝卿所犯如原判決犯罪事實欄六〈即原判決附表一編號91〉所載公務員共同經辦公用工程收取回扣1罪；李朝卿、簡瑞祺所犯如原判決犯罪事實欄八之(一)、(二)〈即原判決附表一編號105至109；附表二編號15至19〉所載公務員〈李朝卿〉與非公務員〈簡瑞祺〉共同經辦公用工程收取回扣各5罪；以及陳益軒所犯如原判決犯罪事實欄十所載行使偽造私文書，足以生損害於公眾及他人1罪）部分：

按刑事訴訟法第377條規定：上訴於第三審法院，非以判決違背法令爲理由，不得爲之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令爲理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得爲第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴爲違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定(一)、李朝卿有如其犯罪事實欄三（即原判決附表一編號1）所載經辦公用工程，向「皓仁營造有限公司」負責人蕭明順收取回扣款946萬元之犯行。(二)、李朝卿、簡瑞祺有如其犯罪事實欄四（即原判決附表一編號2；附表二編號1）所載經辦公用工程，基於共同收取回扣之犯意聯絡，由簡瑞祺經由廖建聰、洪詩鳴向「佶璟營造有限公司」負責人吳仲琪收取回扣款168萬8,800元（尙無證據證明簡瑞祺有將上開回扣款交付或分配予李朝卿）之犯行。(三)、李朝卿有如其犯罪事實欄六（即原判決附表一編號91）所載經辦公用工程，與陳國進、張志誼及李中誠基於共同收取回扣之犯意聯絡，由陳國進經由廖建聰向「德泰營造股份有限公司」負責人孫士芳收取回扣款180萬元（無證據證明陳國進有將上開回扣款交付或分配予李朝卿、張志誼、李中誠）之犯行。(四)、李朝卿、簡瑞祺有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)（即原判決附表一編號105至109；附表二編號15至19）所載經辦公用工程，與張志誼基於共同收取回扣之犯意聯絡，由張志誼分2次分別向



「民益土木包工業」實際負責人廖本鎮收取回扣款8 萬元及3 萬5,000 元，以及分3 次分別向「有信土木包工業」負責人湯重信收取回扣款5 萬元、6 萬元及5 萬元後，均將之轉交予簡瑞祺（尙無證據證明簡瑞祺有將上開回扣款交付或分配予李朝卿、張志誼）之犯行。(五)、上訴人陳益軒有如其犯罪事實欄十所載偽造及行使偽造之趙偵宇刑事委任狀，足以生損害於公眾及他人之犯行。因而撤銷第一審關於李朝卿、簡瑞祺上開部分科刑之判決，改判論李朝卿以公務員（或共同）經辦公用工程收取回扣共8 罪，分別量處及宣告如原判決附表一編號1、2、91、105 至109「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑及褫奪公權，並諭知相關之沒收及追徵，以及論簡瑞祺以非公務員與公務員共同經辦公用工程收取回扣共6 罪，分別量處及宣告如原判決附表二編號1、15 至19「論罪科刑及沒收」欄所示之有期徒刑暨褫奪公權，及諭知相關之沒收及追徵。另維持第一審就陳益軒上述犯行部分，論陳益軒以行使偽造私文書，足以生損害於公眾及他人罪，處有期徒刑3 月，及諭知如易科罰金以1 千元折算1 日，並宣告相關沒收部分之判決，而駁回陳益軒在第二審之上訴，已詳述其所憑證據及認定之理由；對於上訴人3 人所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明。核其所爲之論斷，俱有卷內資料可資覆按，從形式上觀察，原判決關於上開部分並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

李朝卿上訴意旨略以：(一)、原判決引用刑事訴訟法第228條第1項等相關規定，說明檢察官於通訊保障及監察法第11條之1 之規定，在103 年1 月29日修正公布前，有因偵查需要而調取相關通聯紀錄之權限，因認檢察官在上開情形下所調查之相關通聯紀錄具有證據能力，其此部分關於證據能力所爲之論斷，殊有欠當。又原判決就伊所犯如其犯罪事實欄三、四、六、八之(一)、(二)所載之犯行部分，均論伊以公務員經辦公用工程收取回扣罪，但伊並無自應付給之建築材料費或工程、採購價款中，向各該廠商要約及提取一定比率，或扣取其中一部分款項之行爲，且卷內亦無伊主動向各該廠商要求回扣之相關證據，故伊所爲核與公務員經辦公用工程收取回扣罪之構成要件不符，原判決遽論伊以上開罪名，殊有欠當。(二)、原判決認定伊有如其犯罪事實欄四所載共同收取工程回扣之犯行，係引用吳仲琪等人之自白作爲依據，但吳仲琪等人之自白均出於自保之目的，故其等之自白是否可信非無疑



義；原審並未查明吳仲琪等人之自白是否與事實相符，遽採用作為認定伊有其犯罪事實欄四所載犯行之證據，殊有可議。又原判決認定伊為本件公務員經辦公用工程收取回扣之犯罪過程中，有核定採「限制性招標」之情形，係以伊有在相關文件上簽核及指定廠商為其論據；然上開情形均係承辦人歐立正、蕭西坤等人，因考量修復毀損道路具有急迫性而主動簽報，伊於簽准時並未刻意指定特定廠商，原判決未詳予調查釐清，僅以伊有在相關文件上簽核及指定廠商，遽為上述不利於伊之認定，殊有欠當。另原判決認定伊有其犯罪事實欄三所載犯行，係引用蕭明順於偵查時所為之證詞為其依據，但並未說明蕭明順上開在偵查中所為之傳聞證詞何以具有證據能力之理由，已有未洽。且蕭明順上述證詞除違反事理外，並有故意為不實陳述之情形，其憑信性甚低，原判決未詳加究明，遽引用其於偵查中之陳述，作為不利於伊之認定，亦有未合。(三)、如原判決附表一編號12、69、80、90及91所示之道路災修復建工程，均係100年7月間豪雨重創南投縣，為搶通道路而採限制招標方式因應，原判決就伊關於上開工程所犯收受回扣各罪未依接續犯論以包括一罪，殊有欠當。又原判決就伊所犯其中犯罪所得在5萬元以下之罪，是否具有貪污治罪條例第12條所稱「情節輕微」之情形，未依各罪之個別犯罪事實分別予以審認，而就伊所犯各罪之犯罪事實予以整體合一觀察，認伊所犯各罪均無情節輕微之情形，而無貪污治罪條例第12條減輕其刑規定之適用，於法顯有未合。(四)、關於原判決認定伊有如其犯罪事實欄三所載之犯行部分，所引用證人李添盛所為之相關證詞，其憑信性甚低；而證人唐愛雲於第一審審理時所為之證詞，僅能證明其有協助蕭明順領取工程款，故李添盛、唐愛雲所為之證詞均不能作為蕭明順所為不利於伊證詞之補強證據。又依原判決所引用證人廖深利所為證詞之內容以觀，足見決定比價廠商係屬南投○○室○○李日興之權責，並非伊（南投縣長）權責內之事項，亦不能用以證明伊有參與上開部分之犯行。乃原判決不採證人劉蘭所為有利於伊之證詞，復於無其他補強證據之情形下，僅引用蕭明順所為可信性不高之證詞，遽認伊有上述部分收取工程回扣等犯行，殊有未洽。(五)、關於原判決認定伊有如其犯罪事實欄四所載收取工程回扣之犯行部分，所引用證人洪詩鳴所為之相關證詞，其憑信性甚低。而證人李日興所為證詞之內容亦與常理有悖，均不得採為不利於伊認定之依據。乃原判決不採信廖深利

有利於伊之證詞，而引用洪詩鳴、李日興所為憑信性甚低或與常理不合之證詞，遽予認定伊有如其犯罪事實欄四所載收取工程回扣之犯行，顯有可議。(六)、關於原判決認定伊有如其犯罪事實欄六所載收取工程回扣之犯行部分，其所引用證人孫士芳、張志誼所為之證詞內容彼此並不相符，且張志誼所為之證詞除前後不一外，並與常理有悖，故其所為不利於伊之證詞並不可信。又陳國進自始否認有參與上述部分收取工程回扣之犯行，而依陳國進所為之相關證詞以觀，足見廖建聰曾邀其至朱文財律師處串證，是廖建聰等人所為不利於伊之證詞亦不可信，乃原審在無明確證據可資佐證之情形下，僅憑張志誼、孫士芳及廖建聰等人所為不可信之證詞，遽認伊有如其犯罪事實欄六所載犯行，殊有未合。(七)、原判決認定伊有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)（即原判決附表一編號105至109）所載部分之犯行，其所引用證人廖本鎮、湯鳳娥及劉權庭等人所為之證詞，僅能證明係張志誼個人為上開部分之犯行，並不能證明與伊有關，且張志誼等人所為之證詞亦有瑕疵而不可信，乃原判決並未調查有無其他補強證據足以證明張志誼所為不利於伊之證詞為可信，遽引用張志誼所為不利於伊之證詞，認定伊有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)所載之犯行，自有未洽。又依原判決引用張志誼、湯重信於第一審審理時所為證詞之內容以觀，關於如原判決附表一編號108、109所示2 件工程之回扣，係張志誼於同時同地1 次向湯重信收取，應依想像競合犯關係論以裁判上一罪。乃原判決就伊對上述2 件工程收取回扣部分，予以分論併罰，殊有可議。(八)、原判決就其所引用之相關文書證據，其中何者係屬於書面陳述之供述證據，而有相關傳聞法則規定之適用，以及其中何者係以文書物質外觀之存在，作為待證事實之證明而為物證之一種，而無傳聞法則規定之適用，並未分別加以審認說明，復未說明該等文書證據何以具有證據能力之理由，遽引用該等文書證據作為判決之依據，顯有未合。又原判決說明本件除其理由欄甲之一（即證人曾仁隆等人於法務部調查局南投縣調查站所為之陳述）、甲之二（即證人曾仁隆等人於偵查中所為之陳述）、甲之六（即黃榮德於偵查中所為之陳述）所示之證據外，其採為本件判決基礎之被告以外之人於審判外之言詞或「書面」陳述，依刑事訴訟法第159 條之5 第1 項、第2 項之規定為有證據能力，然並未說明其如何審酌上開傳聞證據製作當時之情況，認為具備適當性之要件，遽認該等證據具有證據能力

，亦有未洽。(九)、原判決認定伊有如其犯罪事實欄三所載經辦公用工程收取回扣之犯行，其所引用證人蕭明順所為之證詞，尙不足以證明伊有與蕭明順為收取工程回扣之約定，原判決採用蕭明順之證詞，遽認伊有上開部分收取工程回扣之犯行，殊屬不當。又原判決認定伊有如其犯罪事實欄四所載經辦公用工程收取回扣之犯行，其所引用證人吳仲琪於偵查及第一審審理時證稱：「廖建聰告訴我該工程要一成回扣」等語，係聽聞自廖建聰之轉述，並非其親身所見聞之事，依法並無證據能力，自不得作為伊犯罪之證據。況吳仲琪所為之上述證詞，亦與廖建聰、洪詩鳴所為之相關證詞不盡相符。原判決未詳加調查釐清，遽引用吳仲琪、廖建聰及洪詩鳴等人之證詞，認定伊有如其犯罪事實欄四所載經辦公用工程收取回扣之犯行，亦有欠當。另原判決認定伊有如其犯罪事實欄六所載經辦公用工程收取回扣之犯行，其所引用證人孫士芳關於收取回扣之證詞，係聽聞自廖建聰；而廖建聰關於收取回扣之證詞則係聽聞自陳國進，均非孫士芳、廖建聰親身所見聞之事，依法並無證據能力，原判決引用上開無證據能力之證詞，據以認定伊有如其犯罪事實欄六所載經辦公用工程收取回扣之犯行，亦有可議云云。

簡瑞祺上訴意旨略以：(一)、原判決認定伊有如其犯罪事實欄四所載收取工程回扣之犯行，惟其就伊等如何與廠商約定收取一定比率回扣等相關事實，並未於上開事實欄內認定記載明白，尙不足為適用法律之依據。又原判決所引用證人廖建聰、洪詩鳴所為之證詞，其內容彼此不盡相符，且其所引用證人吳仲琪、廖建聰、李日興、廖深利及歐立正等人所為之證詞，其內容亦均不足以證明伊有與廠商約定收受一定比率回扣之事實，均不足以佐證洪詩鳴所為不利於伊之證詞為可信。乃原判決並未調查有無其他補強證據足以佐證洪詩鳴所述為可信，僅引用洪詩鳴所為不利於伊之證詞，遽認伊有如其犯罪事實欄四所載之犯行，殊有欠當。(二)、原判決認定伊有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)所載之犯行，惟其關於此部分事實之記載及理由之說明均非明確，尙不足以為適用法律之依據。又原判決所引用張志誼、廖本鎮、湯重信等人所為證詞之內容，以及張志誼與簡瑞祺間之通訊監察錄音譯文等證據資料，亦均不足以證明伊有上開部分之犯行。原判決並未詳加調查審究，而於事實有欠明瞭之情形下，遽認伊有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)所載之犯行，顯有未合。(三)、原判決關於伊本件犯

罪收取回扣所得在5萬元以下部分，並未依各次犯罪情節分別加以審認，卻以伊本件所犯各罪為整體觀察，謂伊犯罪情節難謂輕微，認伊並無貪污治罪條例第12條關於犯罪所得在5萬元以下，情節輕微減輕其刑規定之適用，以及就伊（非公務員）與公務員共同為本件犯行部分，以伊之惡性未較黃榮德、張志誼等人為輕為由，認伊亦無刑法第31條第1項但書得減輕其刑規定之適用，而均未依上開規定對伊減輕其刑，亦有未洽云云。

陳益軒上訴意旨略以：依憲兵指揮部刑事鑑識中心之鑑定結果，證人趙偵宇所提出錄音筆之對話錄音，既無法鑑定究係由原始證物數位錄音筆所產製，抑或以同款或其他裝置重新錄製後，寫入數位錄音筆內，且經審視該錄音筆對話錄音譯文內容，亦有諸多不符常理而涉嫌變造之情形。又趙偵宇於原審審理時既證稱其係連續（1次）錄音，則除其所持之錄音筆原始設計之情形外，衡情應無在該錄音筆內產生4筆聲音檔（原始檔案3筆，刪除還原檔案1筆），且其錄音時間相距最久者竟達7日餘之理，可見該錄音內容顯有重大瑕疵，應為無證據能力。乃原判決就上開相關各情未詳予調查釐清，遽認該錄音筆內之錄音內容暨譯文具有證據能力，並採為不利於伊認定之依據，殊有可議云云。

惟查：（一）、證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，自不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。（1）、原判決認定李朝卿有如其犯罪事實欄三所載公務員經辦公用工程收取回扣之犯行，係採用蕭明順、李添盛、鄭秋陽、歐立正、廖深利、李日興及唐愛雲等所為之證詞，以及如其犯罪事實欄三所載工程相關招標文件等證據資料，予以綜合判斷，並非單憑蕭明順所為之證詞，作為唯一之論據。且原判決就其憑何認定李朝卿有上開部分犯行，以及證人劉蘭等所為之證詞何以不能為有利於李朝卿之論斷，亦已說明其為如何斟酌取捨形成心證之理由綦詳（見原判決第46頁第11行至第74頁倒數第12行）；核其論斷與經驗、論理法則尚屬無違。李朝卿上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，任意指摘原判決就其如原判決犯罪事實欄三所載公務員經辦公用工程收取回扣之犯行部分，不採信證人劉蘭對其有利之證詞，復僅引用蕭明順所為憑信性不足之證詞，遽認其有上開部分之犯行為不當云云，依前揭說明，並非依據卷內資料執為指摘之合法第三審上訴理由。（2）、原判決認定李朝卿、簡瑞祺有如其犯罪事實欄四所載公務員（李朝卿）與

非公務員（簡瑞祺）共同經辦公用工程收取回扣之犯行，係採用吳仲琪、廖建聰、洪詩鳴、歐立正、李日興及廖深利等所為之證詞，以及廖建聰與洪詩鳴間及洪詩鳴與簡瑞祺間所使用行動電話雙向通聯紀錄，暨如原判決犯罪事實欄四所載工程相關招標文件等證據資料，予以綜合判斷，並非單憑洪詩鳴、李日興所為之證詞，作為論斷之依據。且原判決就其所引用上開各該證人所為之相關證詞，作為論罪之依據，並已說明其為如何斟酌取捨形成心證之理由甚詳（見原判決第74頁倒數第11行至第101頁第10行）

；核其論斷尚與經驗、論理法則無違。李朝卿、簡瑞祺上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，任意指摘原判決就其等所為如原判決犯罪事實欄四所載部分之犯行，僅引用洪詩鳴、李日興所為尚有疑義之證詞，遽認其等有上開部分之犯行為不當云云，依前揭說明，亦非適法之第三審上訴理由。(3)、原判決認定李朝卿有如其犯罪事實欄六所載公務員共同經辦公用工程收取回扣之犯行，已引用張志誼、李中誠、孫士芳、曾華、邱宗華、許朝呈、廖建聰及吳仲琪等人所為之證詞，以及如原判決犯罪事實欄六所載相關工程招標文件等證據資料，暨吳仲琪與陳國進間，以及廖建聰與孫士芳間之通訊監察錄音譯文等證據資料，說明其所憑之證據及理由甚詳。對於孫士芳、張志誼所為前後不盡一致之證詞，並已說明其為如何斟酌取捨形成心證之理由；對於陳國進所為有利於李朝卿之證詞，亦已說明何以不能為採有利於李朝卿論斷之理由甚詳（見原判決第238頁倒數第8行至第269頁倒數第5行）

；核其論斷與證據法則無違。李朝卿上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，任意指摘原判決引用張志誼、廖建聰等所為不可信之證詞，認定其有原判決犯罪事實欄六所載公務員經辦公用工程收取回扣之犯行為不當云云，依前揭說明，亦非適法之第三審上訴理由。(4)、原判決認定李朝卿、簡瑞祺有如其犯罪事實欄八之(一)、(二)（即如原判決附表一編號105至109；附表二編號15至19）所載公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）共同經辦公用工程收取回扣之犯行，已引用張志誼、廖本鎮、廖宜賢、湯重信、湯鳳娥及劉權庭等人所為之證詞，以及如原判決犯罪事實欄八所載之相關工程招標文件等證據資料，暨張志誼與簡瑞祺間之通訊監察錄音譯文等證據資料，說明其所憑之證據及理由甚詳。就李朝卿、簡瑞祺辯解各語何以均不足以採信，並已說明其為如何斟酌取捨形成心證之理由甚詳（見原判決第305頁第13行至第339頁

第4行)；核其論斷與經驗、論理法則無違。並無未調查其他補強證據，僅憑張志誼等人之證詞據以認定犯罪事實之情形，李朝卿、簡瑞祺上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，任意指摘原判決未調查有無補強證據，遽引用張志誼所為不利於其等之證詞，遽認其等有如原判決犯罪事實欄八之(一)、(二)所載之犯行為不當云云，依前揭說明，要與卷內資料內容不符，亦非合法之第三審上訴理由。(二)、原判決於其理由內說明通訊保障及監察法第11條之1之規定，於103年1月29日修正公布前，法令並未針對檢察官調取通聯紀錄有所規範及限制，而檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查，並得調查犯罪情形及蒐集證據，刑事訴訟法第228條第1項亦定有明文，故檢察官於通訊保障及監察法上述修正公布前，因偵查需要所調取之洪詩鳴通聯紀錄，自具有證據能力(見原判決第36頁倒數第2行至第37頁第13行)等情；核其論斷於法尚屬無違。李朝卿上訴意旨(一)置原判決明確之論斷於不顧，任意指摘原判決上開論斷說明為不當云云，要非合法之第三審上訴理由。(三)、貪污治罪條例第4條第1項第3款之經辦公用工程收取回扣罪，重在保障公用工程之品質，特別明文嚴禁公務員就經辦之公用工程收取回扣，以免廠商偷工減料降低工程品質，以確實維護大眾之公共安全；對於公務員就應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分而收取之，因客觀上對承作廠商有相當不利之影響，雖經交付回扣之人同意，其情節亦較一般收受賄賂為重，乃列為公務員特別重大之貪污行為，不論公務員有無違背職務之行為，均應課以該罪刑，係同條例第4條第1項第5款違背職務收受賄賂罪、第5條第1項第3款不違背職務收受賄賂罪之特別規定。又所謂「回扣」，係指經辦公用工程之公務員圖為自己不法之所有，與對方約定，就應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分而收取之而言。至於公務員與廠商就「回扣」之給付，究係雙方為明白之約定，抑係雙方基於默示之認知合意，以及廠商給付公務員之「回扣」，究係自應給付之建築材料費或工程價款直接提取、扣取，抑係由廠商另行籌措同額款項支應，因對於公用工程之品質具有等同之危害性，又均係以一定比率或部分應給付之建築材料費或工程價款，作為違背或不違背職務行為之對價關係，並無不同，均無礙於本罪之成立。原判決就李朝卿如其犯罪事實欄八之(一)、(二)所示之

犯行部分，已依據其調查所得之證據資料，於其犯罪事實欄記載李朝卿、簡瑞祺與張志誼共同基於經辦公用工程收取回扣之犯意聯絡，推由張志誼告知投標廠商應於得標後，交付工程款一成左右之回扣款，並由張志誼向各該廠商收取回扣款後轉交予簡瑞祺等情綦詳（見原判決第26頁倒數第11行至第27頁倒數第3行）。又綜觀原判決於其犯罪事實欄三、四、六之記載，以及關於上開部分於其理由內之說明，可見原判決顯係認定李朝卿、簡瑞祺就上述各該工程應交付一成之回扣款，與各該得標廠商蕭明順、吳仲琪及孫士芳間有默示之認知合意，蕭明順、吳仲琪及孫士芳嗣並已交付各該工程回扣款予李朝卿、簡瑞祺，及與李朝卿有共同犯意聯絡之陳國進收受（見原判決第7頁第14行至第10頁倒數第10行、第18頁倒數第13行至第20頁倒數第9行、第46頁第11行至第101頁第10行、第238頁倒數第7行至第269頁倒數第5行）。原判決因認李朝卿所為如原判決犯罪事實欄三；李朝卿、簡瑞祺所為如原判決犯罪事實欄四；李朝卿所為如原判決犯罪事實欄六；李朝卿、簡瑞祺所為如原判決犯罪事實欄八之(一)、(二)所載之犯行部分，均應論以貪污治罪條例第4條第1項第3款之公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）經辦工程收取回扣罪；經核於法均無不合。李朝卿、簡瑞祺上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，任意泛言指摘原判決論其等以上開之罪為不當云云，並非合法之第三審上訴理由。(四)、刑事訴訟法第159條之1第2項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」已揭示被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，原則上具有證據能力，僅於顯有不可信之情況者，始例外否定其證據資格。是被告如未主張並釋明被告以外之人在偵查中向檢察官所為之陳述顯有不可信之情況時，檢察官自無須再就無該例外情形為舉證，法院亦無庸在判決中為無益之說明。換言之，法院僅在被告主張並釋明有「不可信之情況」時，始應就有無該例外情形，為調查審認。原判決引用證人蕭明順於偵查中檢察官訊問時之證詞，作為認定李朝卿有如其犯罪事實欄三所載犯行之依據，其雖未說明蕭明順上開證詞何以具有證據能力之理由，但李朝卿並未陳明其於原審審理時，曾主張並釋明蕭明順於偵查中檢察官訊問時之證詞顯有不可信之情形，則原判決就蕭明順偵查中檢察官訊問時所為之證詞，縱未為調查審認及為無益之說明，自不得任意指為違法。李朝卿上訴意旨謂原判決未說明



蕭明順於偵查中檢察官訊問時所為證詞何以具有證據能力之理由，遽行引用作為認定其有如原判決犯罪事實欄三所載之犯行為不當云云，依上述說明，容有誤會，其執此指摘原判決不當，仍非適法之上訴第三審理由。(五)、刑法上之接續犯，係指行為人就同一犯罪構成要件事實，以單一行為之數個舉動接續進行，以實現一個犯罪構成要件，持續侵害同一法益，而成立一個罪名而言。易言之，該數個舉動於同時同地或密切接近之時地實行，侵害同一之法益，而各個舉動之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理者，始克相當。如行為人先後數行為，在客觀上係逐次實行，侵害數個同性質之法益，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，自應按照其行為之次數，予以一罪一罰。原判決就李朝卿所為如其犯罪事實欄六（即其附表一編號91），以及如其犯罪事實欄五其中關於如其附表一編號12、69、80、90（該部分均另予撤銷發回，詳如前述）所載犯行部分，因係分別發包之不同工程，即上開各該犯罪之時間先後可分，且各該工程交付回扣之人亦屬有異，即各該犯罪各具有獨立性，而與前述接續犯之性質與要件有間，原判決因而未將上開各罪依接續犯關係論以一罪，經核於法尚屬無違。李朝卿上訴意旨主張上述工程，均係100年7月間因豪雨重創南投縣，為搶通道路而採限制招標方式因應，其發包之原因與性質相同，而據以指摘原判決未依接續犯論以包括一罪為不當云云，依上述說明，要屬誤解，亦非合法之第三審上訴理由。(六)、原判決已說明除其理由欄甲之一（即證人曾仁隆等人於法務部調查局南投縣調查站所為之陳述）、甲之二（即證人曾仁隆等人於偵查中所為之陳述）、甲之六（即黃榮德於偵查中所為之陳述）所示之證據外，其採為本件判決基礎之被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，固屬傳聞證據，惟該等證據經李朝卿等人及其等於原審之選任辯護人均表示對證據能力無意見，同意作為本案證據，且李朝卿等人及其等於原審之選任辯護人迄原審言詞辯論終結前，均未對該等證據之證據能力表示異議；經審酌前揭證據之取得，並無違法取證或其他瑕疵，以之作為本案證據堪為適當，依刑事訴訟法第159條之5第1項、第2項之規定為有證據能力等情綦詳（見原判決第37頁倒數第5行至



第38頁第6 行)；核其論斷與證據法則無違。至於以文書之物理外觀作為證據，則屬物證之範圍，並無上開傳聞法則規定之適用問題，如該文件非出於違法取得，並已經依法踐行調查程序，即不能謂其無證據能力，原判決對其何以具有證據能力，自無另贅予說明之必要。李朝卿上訴意旨指摘原判決就其所引用之文書其中係屬物證者，並未說明其何以具有證據能力之理由，並謂原判決就其所引用之相關傳聞證據，亦未說明其如何審酌該等傳聞證據製作當時之情況，用以判斷以之作為證據是否適當，遽認該等傳聞證據均具有證據能力為不當云云，依上述說明，亦屬誤解，並非適法之第三審上訴理由。(七)、證人陳述與其體驗事實具有不可分離關係或相關聯之事項，非屬傳聞性證詞，此與證人單純表示個人意見或主觀推測之詞並無證據能力者有別。原判決認定李朝卿、簡瑞祺有如其犯罪事實欄四所載收取工程回扣之犯行，並非單憑吳仲琪所為之證詞，作為唯一之論據，而係綜合吳仲琪、廖建聰、洪詩鳴、歐立正、李日興及廖深利等所為之證詞，以及廖建聰與洪詩鳴暨洪詩鳴與簡瑞祺間所使用行動電話基地臺位置等相關證據資料，予以整體判斷。又原判決認定李朝卿有如其犯罪事實欄六所載收取工程回扣之犯行，亦非單憑孫士芳、廖建聰所為之證詞，作為唯一之論據，而係綜合張志誼、李中誠、孫士芳、曾華、邱宗華、許朝呈、廖建聰及吳仲琪等人所為之證詞，以及如原判決犯罪事實欄六所載之工程資料，暨廖建聰與孫士芳間之通訊監察錄音譯文等證據資料，予以合一判斷，已如前述。且原判決引用證人吳仲琪於偵查中及第一審審理時所為之相關證詞（見原判決第75頁第10行至第76頁倒數第9 行），作為認定李朝卿、簡瑞祺有如其犯罪事實欄四所載公務員（李朝卿）與非公務員（簡瑞祺）經辦公用工程收取回扣犯行之依據，以及引用證人孫士芳、廖建聰於偵查中及第一審審理時所為之相關證詞（見原判決第248 頁倒數第11行至第255 頁第6 行），作為認定李朝卿有如其犯罪事實欄六所載經辦公用工程收取回扣犯行之依據，稽其內容均屬其等親身見聞及與其體驗事實具有不可分離關係或相關聯之事項，俱非屬傳聞性證詞。李朝卿上訴意旨指稱證人吳仲琪、孫士芳及廖建聰所為之相關證詞，均非係對於其等親身所見聞之事而為陳述，並無證據能力，原判決引用其等所為之傳聞性證詞，據以認定李朝卿有如其犯罪事實欄四、六所載經辦公用工程收取回扣之犯行為不當云云，依上述說明，同屬誤解，要非

依據卷內資料而為指摘之合法第三審上訴理由。(八)、原判決就其犯罪事實欄八之(二)所載其中如其附表一編號108、109所示之2件工程部分，於其犯罪事實欄八之(二)內記載湯重信於101年2月間，將上開工程約一成之回扣款分別為6 萬元、5 萬元現金，「分2 次」裝入信封袋內，拿至南投縣政府縣長辦公室交予張志誼等情（見原判決第27頁倒數第6 至9 行），因認李朝卿上開部分所犯公務員共同經辦公用工程收取回扣共2 罪，其犯意各別，行為互殊，而予以分論併罰（見原判決第418 頁倒數第7 至9 行），並非單憑張志誼、湯重信於第一審審理時所為之證詞，作為唯一之論據，而係綜合張志誼、湯重信分別於偵查中及第一審審理時所為之證詞（見原判決第305 頁倒數第15行至第311 頁倒數第3 行、第320 頁倒數第4 行至第321 頁倒數第6 行）整體予以判斷。李朝卿上訴意旨擷取張志誼、湯重信於第一審審理時所為證詞之片段，徒憑己見，漫事指摘其所犯上開2 罪應依想像競合犯裁判上一罪關係論以一罪，原判決予以分論併罰為不當云云，依前揭說明，仍非適法之第三審上訴理由。(九)、原判決就李朝卿、簡瑞祺收取工程回扣犯罪所得在5 萬元以下之罪部分，說明自李朝卿、簡瑞祺本件所涉全部犯罪為整體觀察，其情節難謂輕微，因認李朝卿、簡瑞祺所犯上述之罪（即犯罪所得在5 萬元以下部分）並無貪污治罪條例第12條第1 項減輕其刑規定之適用（見原判決第418 頁倒數第5 行至第419 頁第7 行、第419 頁倒數第5 至11行）；並說明簡瑞祺雖無公務員身分，然審酌其不知謹守分際，以其係南投縣長李朝卿妻舅之身分，介入南投縣政府多件工程發包採購事項，共同收受工程回扣等不法利益，其涉入程度及犯罪情節均屬重大，惡性並未較張志誼等人為輕等情節，因認簡瑞祺並無刑法第31條第1 項但書得減輕其刑規定之適用（見原判決第419 頁倒數第4 行至第420 頁第3 行）；核其論斷於法尚無不合，且亦無明顯濫用裁量權之情形。李朝卿、簡瑞祺上訴意旨並未具體指出原判決上開論斷究有如何濫用裁量權之情形，泛言指摘原判決未依上開規定對其等減輕其刑為不當云云，殊非合法之第三審上訴理由。(十)、原判決認定陳益軒有如其犯罪事實欄十所載行使偽造私文書之犯行，已於理由內說明其所憑之證據綦詳（見原判決第366 頁第5 行至第408 頁倒數第10行）。又按私人之錄音行為，不同於國家機關之執行通訊監察，應依通訊保障及監察法規定聲請核發或補發通訊監察書等法定程序及方式行之，

但如私人為對話之一方，為保全證據所為之錄音，如非出於不法之目的或並未以違法手段錄音（包括剪輯或偽造等不當方式），其所取得之證據即難謂無證據能力。原判決依據上述意旨，並引用證人趙偵宇於原審審理時所為之證詞，以及憲兵指揮部刑事鑑識中心對系爭錄音筆之鑑定結果，說明系爭錄音筆並無經過剪輯或偽造情事（見原判決第401 頁第5 行至第404 頁第8 行）；而陳益軒及其於原審之選任辯護人對於第一審及原審勘驗系爭錄音筆所錄檔案結果，以及對於第一審所製作之系爭錄音筆所錄檔案譯文內容，均表示沒有意見而不爭執，是證人趙偵宇之私人錄音之取證行為，既非出於不法之目的或以違法手段取證，則系爭錄音筆所錄得陳益軒等對話內容，為有證據能力等情綦詳（見原判決第34頁第7 行至第35頁倒數第7 行）；核其論斷與前述證據法則無違。陳益軒上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，徒憑己意，漫事指摘原判決認定系爭錄音內容具有證據能力為不當云云，依上述說明，同非依據卷內資料執為指摘之合法第三審上訴理由。至上訴人3 人其餘上訴意旨，均非依據卷內訴訟資料具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原審採證認事職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，暨其他不影響於判決結果之枝節性問題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首揭說明，其等關於此部分之上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條前段、第397 條、第401 條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 18 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 李 錦 樑

法官 林 靜 芬

法官 林 海 祥

法官 張 祺 祥

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 22 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,3352

【裁判日期】1071031

【裁判案由】偽造文書等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第3352號

上訴人 張稚承（原名張傑堯）

選任辯護人 林長振律師

上訴人 李佳蓁

選任辯護人 吳漢成律師

上訴人 黃冠文

選任辯護人 張績寶律師

上訴人 高偉翔

劉智仁

上二人共同

選任辯護人 陳信伍律師

上訴人 簡維廷

選任辯護人 顏 寧律師

房佑璟律師

上列上訴人等因偽造文書等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國106年2月3日第二審判決（105年度上訴字第138號、105年度原上訴字第40號，起訴案號：臺灣臺東地方檢察署104年度偵字第2128、3048號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人張傑堯（現改名為張稚承，以下仍稱張傑堯）、李佳蓁、黃冠文、高偉翔、劉智仁、簡維廷有其事實欄所載，於臺東縣臺東市

興安路機房（下稱興安機房）三人以上共同以網路詐欺取財、行使偽造準特種文書；或於臺中市東興路機房（下稱東興機房）三人以上共同以網路詐欺取財、行使偽造準特種文書、行使偽造準私文書（匯款單）；或於臺中市長安路機房（下稱長安機房）三人以上共同以網路詐欺取財、行使偽造準私文書（匯款單）之犯行，因而撤銷第一審關於上訴人等 6 人部分之不當判決，改判依想像競合犯從一重均論以三人以上共同以網路詐欺取財罪，分處張傑堯如原判決附表（下稱附表）1 編號1 至5、7、9、10至15、17之刑，應執行有期徒刑10年（另就檢察官起訴附表1 編號6、8、16、18、19，及起訴書犯罪事實欄一、(三)臺中市文心路機房【下稱文心機房】部分，認不能成立犯罪，為無罪諭知）。處黃冠文如附表1 編號11至14、17之刑（均累犯），應執行有期徒刑5 年6 月（另就檢察官起訴附表1 編號16、18、19部分，認不能成立犯罪，為無罪諭知）。處簡維廷如附表1 編號11至14、17之刑，應執行有期徒刑4 年（另就檢察官起訴附表 1 編號1 至10、15、16、18、19部分，認不能成立犯罪，為無罪之諭知）。處李佳蓁如附表1 編號11至14、17之刑，應執行有期徒刑4年（另就檢察官起訴附表1編號16、18、19部分，認不能成立犯罪，為無罪諭知）。處劉智仁如附表1 編號11至14之刑，應執行有期徒刑3 年6 月（另就檢察官起訴關於起訴書犯罪事實欄一、(三)文心機房部分，認不能成立犯罪，為無罪諭知）。處高偉翔如附表1 編號1、2、3、5、7 之刑，應執行有期徒刑3 年8 月（另就檢察官起訴附表 1 編號4、6、8、9、10、15部分，認不能成立犯罪，為無罪諭知）。並均為相關沒收之判決。已詳敘其所憑證據及認定之理由，對於上訴人等所辯何以均不足以採信，亦在理由內詳加指駁及說明，核其所為之論斷，俱與卷存證據資料相符；從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

## 二、上訴意旨：

- (一)張傑堯上訴意旨略以：張傑堯所為對數被害人之詐欺取財行為，係基於單一詐欺之犯意，在密接時間、地點接續為之，應依接續犯論以1 罪，原判決改以數罪併罰，並量處較第一審為重之刑，違反不利益變更禁止原則，適用法規顯有違誤

；又原判決未考慮張傑堯在偵審程序中均坦承犯行，仍量處有期徒刑10年之重刑，既不符合國民法律感情，亦違反罪責相當原則，且與法院其他類此案件之量刑為重，亦有量刑不當之違誤云云。

(二)李佳蓁上訴意旨略以：李佳蓁僅係就張傑堯等人所詐取之金錢進行調度，在詐得金錢後與黃冠文協調，利用地下匯兌管道將贓款自大陸轉入臺灣，及負責機房、設備之開銷，並未與張傑堯、黃冠文等人就詐欺取財之構成要件行為有共同之犯意聯絡，至多僅成立收受贓物罪或幫助詐欺罪。原判決對此有利李佳蓁之證據未予調查，認定為共同正犯，適用法規有誤云云。

(三)黃冠文上訴意旨略以：黃冠文所為對數被害人之詐欺取財行為，係基於單一詐欺之犯意，在密接時間、地點接續為之，應依接續犯論以1罪，原判決改以數罪併罰，適用法規有誤。黃冠文有正當工作，並非詐騙之慣犯。因需照料年邁雙親，撫養家中幼子，有經濟上之困難，始為此詐騙犯行，在犯罪後始終坦承犯行，客觀上有情堪憫恕之情形，原判決不僅未依刑法第59條規定酌減其刑，反而量處較李佳蓁更重之刑，量刑顯屬過重，有判決不適用法規之違誤。又本件檢察官起訴書中起訴法條為刑法第339條第1項之普通詐欺罪，原判決變更法條為刑法第339條之4加重詐欺罪，並未依刑事訴訟法第300條諭知，亦有違誤。另刑法就犯罪所得之物宣告沒收，應採原物沒收為原則，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，始追徵其價額。本件詐騙所得既為人民幣，自應以人民幣為沒收之標的，原判決逕以新臺幣計算沒收數額，適用法規有誤云云。

(四)高偉翔上訴意旨略以：高偉翔於103年6月加入興安機房後，於103年10月20日即因收到兵單而退出，附表1編號1、2、3、5、7部分之被害人，均係在高偉翔退出後始受騙付款，不能令高偉翔就共犯之行為全部負責云云。

(五)劉智仁上訴意旨略以：劉智仁所為對數被害人之詐欺取財行為，係基於單一詐欺之犯意，在密接時間、地點接續為之，應依接續犯論以1罪，原判決改以數罪併罰，適用法規有誤。又劉智仁僅涉及東興機房之犯行，與長安機房之犯行無涉，原判決第18頁第2行認劉智仁承認長安機房之犯行，有未

受請求事項予以判決之違法。劉智仁犯罪後坦承犯行，因年紀尚輕，涉世未深，思慮不周，致犯本件犯行，實屬情有可原，原審未予審酌仍量處重刑，有判決不適用法規之違誤云云。

(六)簡維廷上訴意旨略以：被告之自白不得作為有罪判決之唯一依據，仍應有其他補強證據。原判決依照簡維廷之自白，缺乏補強證據，即認定簡維廷犯罪，自有違誤。又原判決依張傑堯之供述認定詐騙所得，但其供述與卷附李佳蓁之中國信託銀行帳戶明細不符，亦缺乏被害人之匯款單據，無從得知詐取之金額為何，原判決認定事實有誤云云。

### 三、惟查：

(一)刑事法所謂接續犯，係指行為基於單一犯意，於同時、同地或密切接近之時地實行數行為，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理者，始屬接續犯，而為包括之一罪。然若客觀上有先後數行為，主觀上基於一個概括之犯意，逐次實行而具連續性，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，縱構成同一之罪名，亦應依數罪併罰之例予以分論併罰。本件張傑堯等人組成三人以上之詐騙集團，利用網路對大陸地區人民詐取財物，其各次詐騙行為之被害人不同，被害法益並非單一，且犯罪時間、地點均可分，原審就此客觀上明確可分之行為，認犯意各別，行為互殊，無接續犯之適用，撤銷第一審依各詐騙機房區分論以接續犯之判決，改依各被害人之不同分論併罰，自無違誤。張傑堯、黃冠文、劉智仁上訴意旨仍謂本件應依接續犯論以一罪，原判決適用法規錯誤云云，與卷內資料不符，自非適法之第三審上訴理由。

(二)刑事訴訟法第370條第1項規定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」學理上以「上訴不利益變更禁止原則」稱之，其前段規定為原則，但書規定為例外，亦即一旦有但書情形，即可改判較重之刑；而上開但書規定，係指舉凡變更原審判決所引用的刑罰

法條（無論刑法總則、分則或特別刑法，均包括在內），都不受上訴不利益變更禁止原則的限制，俾合理、充分評價行為人的犯行，以實現實體的正義。原判決業已說明，第一審判決就數罪併罰之案件，依接續犯論以一罪，適用法規有誤，因而撤銷第一審該部分不當之判決，依刑法第50條、第51條數罪併罰，其適用之法規既有變更，於此情形，自得諭知較重於第一審判決之刑，不受前揭「上訴不利益變更禁止原則」之拘束（見原判決書第44頁），核無違誤。張傑堯此部分上訴意旨所為指摘，顯屬誤解。

(三)共同實行犯罪行為之人，在共同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，彼此協力、相互補充以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。故共同正犯在客觀上透過分工參與實現犯罪結果之部分或階段行為，以共同支配犯罪「是否」或「如何」實現之目的，並因其主觀上具有支配如何實現之犯罪意思而受歸責，固不以實際參與犯罪構成要件行為或參與每一階段之犯罪行為為必要。僅參與事前之策劃、謀議、指揮、督導、調度，而未實際參與犯罪（計劃主持人、組織者），或僅參與犯罪構成要件以外之行為（把風、接應），倘足以左右其他行為人是否或如何犯罪，而對於犯罪之實現具有功能上不可或缺之重要性者，與其他參與實行犯罪構成要件行為之人，同具有功能性的犯罪支配地位，仍為共同正犯。且共同正犯之成立不以數人間相互認識或有直接謀議之事實為必要，藉由數人中之特定者，於其他數人相互間，得認為有犯意聯絡時，亦不妨成立共同正犯。原判決已依李佳蓁不利於己之供述，佐以張傑堯、黃冠文關於機房運作模式之證詞，說明：李佳蓁除居間牽線邀集黃冠文於臺中市籌組詐騙機房外，並向黃冠文拿取人頭卡，負責居中傳話予張傑堯、黃冠文（包含向黃冠文告知被害人已受騙匯款，再由黃冠文以地下匯兌方式，將款項轉入臺灣，及報支機房開銷、需要設備等），更負責與黃冠文拆帳、請款等，從其參與之時程、地位（居間牽線）、參與程度、深度及角色扮演等角度觀察，顯有基於共同犯罪之認識，互相利用他方之行為以遂行犯罪目的之意思，對於犯罪之實現顯具有功能上不可或缺之重要性。縱李佳蓁與集團內其他成員即劉智仁、孫永軒、簡維廷等人未有直接謀議之事實，仍屬東



興機房、長安機房詐騙運作之共同正犯，並非僅止幫助犯或收受贓物等情（見原判決第35至36頁），其關於此部分辯解不可採信之理由。所為論斷俱與卷內資料相符，核與證據法則無違。況此詐騙集團之運作，尚牽涉兩岸地下匯兌，分工細膩，環環相扣，各階段人員俱不可或缺，李佳蓁辯稱其未介入詐欺之構成要件行為，並非正犯，自無可採。李佳蓁上訴意旨，係就原判決已明白論斷之事項，徒憑己意，再事指摘，自非適法上訴第三審理由。

(四)複數行為人以共同正犯型態實施特定犯罪時，除自己行為外，亦同時利用他人之行為，以遂行自己之犯罪，從而共同正犯行為階段如已推進至「著手實施犯行之後」，脫離者為解消共同正犯關係，不僅須停止放棄自己之行為，向未脫離者表明脫離意思，使其瞭解認知該情外，更由於脫離前以共同正犯型態所實施之行為，係立於未脫離者得延續利用之以遂行自己犯罪之關係，存在著未脫離者得基於先前行為，以延續遂行自己犯罪之危險性，脫離者自須排除該危險，或阻止未脫離者利用該危險以續行犯罪行為時，始得解消共同正犯關係，不負共同正犯責任。易言之，複數行為人遂行犯罪時，較諸於單獨犯型態，由於複數行為人相互協力，心理上較容易受到鼓舞，在物理上實行行為亦更易於強化堅實，對於結果之發生具有較高危險性，脫離者個人如僅單獨表示撤回加功或參與，一般多認為難以除去該危險性，準此，立於共同正犯關係之行為，複數行為人間之各別行為既然具有相互補充、利用關係，於脫離之後仍殘存有物理因果關係時固毋待贅言，甚於殘存心理因果關係時，單憑脫離共同正犯關係之表示，應尚難足以迴避共同正犯責任，基於因果關係遮斷觀點，脫離者除須表明脫離共同正犯關係之意思，並使未脫離者認明明瞭該情外，更須除去自己先前所為對於犯罪實現之影響力，切斷自己先前所創造之因果關係（即須消滅犯行危險性，解消脫離者先前所創造出朝向犯罪實現之危險性或物理、心理因果關係效果，如進行充分說服，於心理面向上，解消未脫離共犯之攻擊意思，或撤去犯罪工具等，除去物理的因果性等），以解消共同正犯關係本身，始毋庸就犯罪最終結果（既遂）負責，否則先前所形成之共同正犯關係，並不會因脫離者單純脫離本身，即當然解消無存，應認未脫

離者後續之犯罪行為仍係基於當初之共同犯意而為之，脫離者仍應就未脫離者後續所實施之犯罪終局結果負共同正犯責任。綜合卷內證據，高偉翔就附表1 編號1、2、3、5、7 部分，參與興安機房犯罪，已推進至著手實施加重詐欺取財犯行之後，雖於103 年10月20日因收到兵單而脫離興安機房，但依其供述僅係單純離開，並未採取防止犯行繼續發生之措置等語（見原審上訴字第138號卷(二)第136頁），既未為拭去先前所創造出犯行促進作用或解消基於先前所形成共同正犯關係之心理、物理影響力之行為，參照前開說明，縱上開各編號被害人受騙匯款時間係在高偉翔脫離興安機房之後，高偉翔就附表1 編號1、2、3、5、7 部分，仍應就張傑堯後續所實施之加重詐欺取財罪結果，負共同正犯責任。

(五)刑事訴訟法第95條第1項第1款規定：訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。此乃被告在刑事訴訟上應受告知之權利，為行使防禦權之前提。又上開條文雖僅就犯罪嫌疑及罪名而為應告知之規定，但若因變更起訴罪名，其構成犯罪事實，因之新增或變更，亦應隨時、並至遲於審判期日踐行上開告知之程序，使被告知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益；否則，如僅就原起訴之犯罪事實及罪名調查、辯論終結後，擴及起訴書所記載罪名以外之犯罪事實或變更起訴書所引應適用之法條而為判決，就此等未經告知之犯罪事實及新罪名而言，即屬不當剝奪被告依同法第96條、第289 條等規定，所應享有之辯明罪嫌及辯論（護）等程序權。反之，若已明確告知變更之罪名及所犯法條，被告亦就此為充分之辯論，僅在法院製作裁判書類時疏漏，未說明依刑事訴訟法第300 條變更起訴之法條，既對被告之權利行使無礙，即不得執為第三審之上訴理由。本件檢察官於起訴書犯罪事實欄已載明：張傑堯等人組成三人以上之詐欺犯罪集團，設立電信機房，利用網路對附表1 所示之被害人（除無罪部分外）詐騙財物，惟其證據並所犯法條欄就此部分所犯載為刑法第339 條第1 項詐欺取財罪。第一審判決逕依刑法第339 條之4 論以加重詐欺罪，固有不當。但原審法院於準備程序及審理中，在告知犯罪嫌疑及所犯法條時，均說明包括

起訴書及原審判決書所載，且告以所犯法條應為刑法第 339 條之4加重詐欺罪（見原審原上訴字第40號卷(一)第61頁、原審上訴字第138號卷(二)第46頁反面、第126頁），自己告知變更後所適用之罪名、法條，對被告之防禦權行使並無妨礙。嗣原審撤銷第一審之不當判決，改判依想像競合犯從一重論處刑法第339 條之4 加重詐欺罪刑，並在理由中說明應變更起訴法條（見原判決第10頁），其據上論斷欄漏引刑事訴訟法第300 條之條文，但此項疏漏既未影響被告之防禦權利，且對判決之結果不生影響，自不得據為上訴第三審之事由。黃冠文以未引用刑事訴訟法第300 條之條文，指摘原判決不當，依前揭說明，自無可採。

(六)本件起訴書起訴劉智仁之犯罪事實，係參與東興機房之詐騙（另文心機房部分已無罪確定）；劉智仁於原審審理時，供稱「原審（第一審）判決事實我都承認」（見原審上訴字第138號卷(二)第64頁反面），顯見其自白者為第一審有罪判決之東興機房、文心機房部分，故其判決書第18頁第3 行載有「承認長安路機房犯行」之語，顯係誤載。而原判決亦僅就附表1 編號11至14關於被訴東興機房部分為判決（另文心機房部分改判無罪），並未就長安機房部分判決，劉智仁上訴謂本件有未受請求事項予以判決之違法云云，顯非依卷內資料指摘，非適法上訴第三審理由。

(七)修正後刑法第38條之1規定，犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。犯罪行為人以外之自然人、法人或非法人團體，因下列情形之一取得犯罪所得者，亦同：一明知他人違法行為而取得。二因他人違法行為而無償或以顯不相當之對價取得。三犯罪行為人為他人實行違法行為，他人因而取得。前2 項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。第1 項及第2 項之犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵。刑法第38條之1 定有明文。其立法目的重在不使被告保有犯罪所得，而取得其經濟利益。金錢本身為替代物，就犯罪所得為金錢者而言，本難就「原物」進行沒收，故就金錢沒收，僅就其替代之價值為之，事屬當然。本件張傑堯等人詐騙大陸地區人民，各被害人受騙交付之款項固為人民

幣，惟張傑堯等人利用地下匯兌，在臺灣地區實際取得之被害款項現物，實為新臺幣。張傑堯等人就原審調查沒收數額時，均同意以1比5為人民幣與新臺幣之換算基準（見原審上訴字第138號卷(二)第138頁），則原判決依換算後之新臺幣數額宣告沒收犯罪所得，即無不合。黃冠文上訴指應沒收人民幣云云，自屬無據。

(八)刑法第59條減輕其刑之規定，必須犯罪另有其特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低刑期，猶嫌過重者，始有其適用。至於是否援引刑法第59條酌減其刑，亦屬法院得依職權自由裁量之事項，果其裁量權之行使未見有濫用情形，即不得任意指為違法。黃冠文於東興機房、長安機房中居於主導、指揮地位，所為詐騙行為，使無辜民眾受害，破壞社會秩序，在客觀上實無何特殊之原因與環境，足以引起一般同情之處，認科以法定最低度刑猶嫌過重，原判決未援引刑法第59條規定酌減其刑，並無濫用裁量權行使之情形。黃冠文上訴意旨謂其犯罪有情堪憫恕之處，應予減刑云，係對量刑職權之適法行使，任意指摘，難謂已符合第三審上訴要件。

(九)刑之量定，係屬法院得依職權自由裁量之事項，苟法院於量刑時，已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，又未濫用其職權，即不得遽指為違法。原判決已敘明以張傑堯、黃冠文、劉智仁之責任為基礎，具體審酌刑法第57條所列各款事項而為量刑（見原判決第42至44頁），既未逾越法定刑度，亦未濫用自由裁量權限，尚難指為違法。至其他案件量刑如何，事涉不同案件之定刑標準（如該案件之內外部性界限），且與各該行為人之犯罪目的、手段、態樣、法益侵害等量刑因素各異，自無從比附援引，作為本案量刑之依據。張傑堯、黃冠文、劉智仁上訴意旨對原審職權適法量刑之事項，任意指摘，洵非適法之第三審上訴理由。

(十)刑事訴訟法第156條第2項規定：被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。其立法旨意在防範被告或共犯之自白與真實不符，故對自白在證據上之價值加以限制，明定須藉補強證據以擔保其真實性。所謂補強證據，係指除該自白本身之外，其他足以證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實

性之證據而言，其所補強者，不以事實之全部為必要，祇須因補強證據與該供述相互印證，依社會通念，足使犯罪事實獲得確信者，即足當之。而上開證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院自由裁量判斷之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或論理法則，即不違法，觀之刑事訴訟法第155 條第1 項之規定甚明，自無許當事人任憑主觀指為違法，而資為上訴第三審之事由。本件原判決依簡維廷於偵審中不利於己之供述，佐以證人張傑堯、李佳蓁、黃冠文、劉智仁、孫永軒之證詞，及東興機房、長安機房扣得證物，相互參酌印證，認簡維廷有被訴之犯行，所為論斷與卷內資料相符。本件詐欺款項，除被害人供述外，另有集團負責人張傑堯之證詞可佐。而詐騙所得款項係利用地下匯兌管道自大陸地區匯回，並非直接進入李佳蓁帳戶，扣除期間支出，原判決以張傑堯所述勾稽被害人之證詞，認定被害金額若干，為法院事實認定證據取捨之職權行使。簡維廷上訴意旨乃置原判決之明白論敘於不顧，對事實審證據取捨及量刑職權之適法行使，空泛指摘，難謂已符合法定上訴要件。

(十一)綜上所述，上訴意旨所指各節，係對原判決已敘明之事項，或徒以自己說詞，對原判決已明確論斷說明之事項，重為爭執，或就原審量刑裁量權之合法行使，任意指摘，難謂已符合首揭法定上訴要件。張傑堯、李佳蓁、黃冠文、高偉翔、劉智仁、簡維廷上訴為違背法律上之程式，均予駁回。

(十二)又裁判上一罪案件之重罪部分得提起第三審上訴，其輕罪部分雖不得上訴，依審判不可分原則，第三審法院亦應併予審判，但以重罪部分之上訴合法為前提，如該上訴為不合法，第三審法院既應從程序上予以駁回，未為實體上判決，則對於輕罪部分自無從適用審判不可分原則，併為實體上審判。張傑堯、高偉翔就興安機房；張傑堯、李佳蓁、黃冠文、劉智仁、簡維廷就東興機房之犯行，競合犯刑法第216 條、第220 條、第212 條之行使偽造準特種文書罪部分，第一、二審均為有罪之判決，核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款所列之案件，原不得上訴於第三審法院，因重罪之加重詐欺取財罪、行使偽造準私文書罪部分之上訴不合法，應從程序上予以駁回，則其餘競合犯行使偽造準特種文書輕罪部分，

自無從依審判不可分原則併予審判，應從程序上併予駁回。  
據上論結，應依刑事訴訟法第395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 31 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財  
法官 蘇 振 堂  
法官 謝 靜 恒  
法官 楊 真 明  
法官 鄭 水 銓

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 107 年 11 月 6 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】106,台上,3466

【裁判日期】1071011

【裁判案由】公共危險

【裁判全文】

最高法院刑事判決

106年度台上字第3466號

上訴人 王文彬

選任辯護人 葉東龍律師

上訴人 林建隆

上列上訴人等因公共危險案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年6月21日第二審判決（105年度上訴字第1056號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署103年度偵字第4057、4059、4060、4257、4258、4942、4946、4947、4948、4950、5357、5424、5441、5442、5523號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、王文彬、林建隆公共危險部分：

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件經原審審理結果，認上訴人王文彬、林建隆分別有原判決事實欄（下稱事實欄）貳一、貳二所載犯行，均事證明確，因而撤銷第一審關於王文彬此部分及林建隆之不當判決，均依想像競合關係，改判仍各論處王文彬、林建隆事業場所負責人，犯污染土壤水體罪刑（均一行為同時觸犯任意棄置有害事業廢棄物罪、未依規定處理廢棄物致污染環境罪、非法排放廢水罪；王文彬處有期徒刑4年6月；林建隆，累犯，處有期徒刑2年6月）。已詳敘其所憑之證據及認定之理由。所為論斷，亦俱有卷證資料可資覆按。

二、本件上訴意旨略以：

(一)王文彬部分：

1.王文彬於民國96年5月24日經主管機關查獲非法排放廢水並處以罰鍰後，當日即將繞流管線以水泥封死，嗣於同年12月14日因繞流管滲流事件遭彰化縣環境保護局（下稱環保局）處罰鍰後，已改善並依法檢附、設置相關改善計畫書及設施，經彰化縣環保局於97年6月26日、同年9月30日派員查驗認定改善完成，足證自96年5月24日以後即無非法繞流排放廢水之情。

又合信工業有限公司（已更名榮通工業有限公司，以下仍稱合信公司，違反水污染防治法部分，經原審判決確定）自98年起委託亞薪環境資源有限公司（下稱亞薪公司）操作廢水設備，亞薪公司須承擔因排放廢水所生之罰鍰，合信公司並無以繞流管私自排放廢水之動機。

2.事實欄並未認定王文彬自96年5月24日起至103年4月20日止非法排放廢水之次數或頻率，似認係不間斷排放，因而認其惡性重大，而論處較同案其他被告為重之刑，惟此與原判決理由欄（下稱理由欄）說明王文彬為實際負責人之合信公司於上開期間至少排放廢水11次之論述不符，已有理由矛盾之違法。又原判決僅憑王文彬11次排放廢水行為，遽認客觀上已發生具體公共危險，所憑依據為何，並未說明，亦有理由不備之違誤。

3.依證人黃○農於104年5月12日審理之證詞，小新圳抽水站抽取灌溉水源包括洋仔厝溪、安東排水及彰化市匯流之水，因此小新圳抽水站灌溉之農田，即有可能遭洋仔厝溪以外之其他水源污染。原判決僅以王文彬排放廢水流入洋仔厝溪為由，未考量上情及除合信公司外，尚有其他公司亦將廢水排入洋仔厝溪，且底泥有可能係上游業者排放廢水所造成，遽論洋仔厝溪及小新圳抽水站灌溉農田均為王文彬單一排放行為所致，顯非適法，自有判決理由不備之違法。

4.卷附「RCA 事件與疫學因果關係」一文，係針對民事侵權行為因果關係而為論述，原判決執此認定王文彬排放廢水致生公共危險，自嫌速斷。

5.原判決認定之犯罪情節較第一審為輕，竟科以相同刑度，有違罪刑相當原則云云。

(二)林建隆部分：



1. 林建隆經營之茂琳企業股份有限公司（下稱茂琳公司）領有水污染防治許可證，水污染防治法於104 年2 月修法前第36 條第1 項之非法排放廢水罪，係以事業無排放許可證或簡易排放許可文件，且其排放廢水所含之有害健康物質超過放流水標準者，為其規範內容，須2 要件併存，方得處罰其負責人，可知修法前就取得相關證明文件之事業，排放內含有害健康物質超過放流水標準之廢水漏未處罰，係屬立法疏漏，原判決遽以上開修正前之條文處罰林建隆，有違罪刑法定原則。
2. 本院105 年度台上字第3401號判決（即日月光排放廢污水案）認定不構成刑法第190 條之1 之罪，僅適用廢棄物清理法，則案情相同之本案，原判決以刑法第190 條之1 規定繩之，自有未合。
3. 行政院環境保護署（下稱環保署）環境督察總隊中區環境督察大隊稽查茂琳公司「沉澱槽」及「還原槽」之廢水檢測結果，其有害健康之重金屬銅、鋅、鎳，皆未超出原判決理由欄所載食用作物農地之土壤污染管制標準，自無可能發生排放之水質及底泥超標，而致生公共危險。又環保署於103 年3 月31日在茂琳公司放流口採樣檢測結果，實難建立茂琳公司與鹿港鎮頂番婆地區周遭農地土壤及底泥採樣點檢測超標結果之關聯性，原判決對此有利於林建隆之證據未說明不採之理由，有判決理由不備之違法。
4. 依臺灣彰化農田水利會104 年6 月3 日彰水管字第0000000083號回函所附「99年至104 年小新圳抽水站水質初、複驗檢測報告」、「小新圳抽水機複驗資料」，顯示該抽水站水質複驗結果無銅、鋅、鎳、鉻等重金屬超標情形，且上開農田水利會自99年至104 年多次抽驗該抽水站之PH值、酸鹼值，均符合放流水標準，自難認茂琳公司排放水有致生公共危險之因果關係，原判決之論述與上開卷證資料不符，即屬違法。
5. 依證人盧至人105 年1 月14日證詞，儲槽採樣並無法代表排放口之數值，排放口底泥數值高，可能係因上游沖刷、大雨、水流、地形等因素造成，對一次性採樣之數據如何累積，並無法為判斷，故茂琳公司排放口底泥超標，存在多方因素，且不能排除係因其他工廠排放高污染源廢污水夾雜所致，

且以小新圳抽水站水質複驗報告有關銅、鋅、鎳、鉻均無超標情形，自難僅憑一次性採樣即認茂琳公司廢污水超標已致生公共危險。

6. 依環保署103 年10月提出之「全國重金屬高污染潛勢農地之管制及調查計畫分析結果報告- 第一批調查區第二階段土壤調查作業分析報告」，可知抽用地下水之農地部分應與本案無關；另上開報告係多地段之土壤調查報告，參以小新圳抽水站附近污染源多端，難以上開調查報告即認林建隆排放廢水已致生公共危險云云。

### 三、惟查：

- (一)證據之取捨與事實之認定，均屬事實審法院得裁量、判斷之職權，苟其此項裁量、判斷，並不悖乎通常一般之人日常生活經驗之定則或論理法則，又於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法，據為提起第三審上訴之合法理由。又刑事法上所謂「危險犯」與「實害犯」乃相對應之概念，前者（即危險犯）係以對法益發生侵害的危險，作為處罰之根據，祇要行為對法益具有侵害之危險性存在，即成立犯罪。而後者（即實害犯或結果犯）則以對法益之實際侵害，作為處罰之根據，必須行為已經實際發生侵害法益之結果，始能構成犯罪。而「危險犯」又可分為「具體危險犯」與「抽象危險犯」，前者（即具體危險犯）之具體危險，係指法益侵害之可能具體地達到現實化之程度，此種危險屬於構成要件之內容，需行為具有發生侵害結果之可能性（危險之結果），即祇須有發生實害之蓋然性為已足，並不以已經發生實害之結果為必要。而後者（即抽象危險犯）係指行為本身含有侵害法益之可能性而被禁止之態樣，重視行為本身之危險性。此種抽象危險不屬於構成要件之內容，只要認定事先預定之某種行為具有可罰的實質違法根據，不問事實上是否果發生危險，凡一有該行為，其犯罪即成立。刑法第190 條之1（業於107 年6 月13日修正公布，本件無新舊法比較適用問題）第2 項之因事業活動而放流毒物罪，係以投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物，而污染空氣、土壤、河川或其他水體，致生公共危險為其犯罪構成要件。所謂「致生公共危險」，指在客觀上已有發生具體公共危險之事實存在為必要，即採具體危險犯之立法規

定，其具體危險之存否，自應依投棄、放流、排出或放逸毒物或其他有害健康之物，其污染之體積、面積、數量，及污染行為是否明顯威脅不特定多數人生命、身體、健康或財產，依社會一般之觀念，綜合予以判斷。

1. 原判決於理由欄貳二(一)(二)依憑調查證據之結果，敘明認定王文彬有事實欄貳一所載為合信公司實際負責人，負責統籌公司一切事業活動，並操作廠區電鍍製程所產生廢水（液）處理、排放工作，為事業場所之負責人，竟以增設廢水貯存槽、管線繞流及裝設定時開關等方式，自96年5月24日起至103年4月20日止，接續將未經處理或未處理完全而未符合放流水標準之鉻系、氰系（兼屬有害事業廢棄物）、酸鹼系原廢水，排入合信公司旁之道路側溝，經由附掛管線排放至彰化縣鹿港鎮洋仔厝溪內，造成洋仔厝溪合信公司之排放口底泥及土壤之檢測值，均超逾重金屬鉻、鎳、鋅之管制標準，而經由小新圳抽水站抽取洋仔厝溪水灌溉之農地土壤亦因引灌溉該水體，於附近農地土壤檢出有害健康之物之重金屬鋅之數值，超過食用作物農地土壤污染管制標準及一般土壤污染管制與監測基準、底泥品質指標上限值，嚴重污染洋仔厝溪之水體、底泥及藉由小新圳抽水站抽取洋仔厝溪灌溉之鄰近農地土壤等環境，致生公共危險等犯行之得心證理由。對於王文彬否認犯罪，辯稱：B 繞流管於98年間即已截斷，已無利用B 繞流管排放廢水；僅有排放5次（或稱3次），可能是因棒極故障、機器故障、打藥機故障或廢水處理量過大溢流等原因而排放；103年4月13日、20日排放之廢水並未含銅，但底泥檢測報告卻含銅，故底泥檢測報告與合信公司排放之廢水無關各云云，如何均屬卸責之詞，亦逐一於理由欄論斷說明不足採之理由（原判決第13至21頁）。另於理由欄貳二(一)(三)依憑調查證據之結果，敘明認定林建隆有事實欄貳二所載為茂琳公司實際負責人，負責統籌公司一切事業活動，並操作廠區電鍍製程所產生廢水（液）處理、排放工作，為事業場所之負責人，竟以開啓放流槽馬達開關，將沈澱槽滿溢至放流槽，或將裝設在排放槽活動式抽水馬達改投置在還原槽內，及將裝設在排放槽之塑膠硬管轉向至還原槽內，連接茂琳公司未經處理流程之還原槽，未經完整原廢水處理程序，繞越至該公司放流槽排放水管之缺口等方式，自

102 年6 月間某日起至103 年3 月間某日止，將含污泥而未處理或處理不完全之電鍍原廢水排放至洋仔厝溪內，造成洋仔厝溪茂琳公司之排放口底泥及土壤檢測值，均超逾重金屬銅、鉻、鎳、鋅之管制標準，而經由小新圳抽水站抽取洋仔厝溪水源灌溉之農地土壤亦因引灌溉該水體，於附近農地土壤檢出有害健康之物之重金屬銅、鋅之數值，超過食用作物農地土壤污染管制標準及一般土壤污染管制與監測基準、底泥品質指標上限值，嚴重污染洋仔厝溪之水體、底泥及藉由小新圳抽水站抽取洋仔厝溪灌溉之鄰近農地土壤等環境，致生公共危險等犯行之得心證理由（原判決第21至22頁）。另敘明：王文彬、林建隆反覆長期排放未經處理或處理不完全之電鍍廢水行為，已造成洋仔厝溪及以洋仔厝溪引灌之周圍農地重金屬污染，其中重金屬銅、鋅均超過食用作物農地之土壤污染管制標準，造成稻米或其他農作物不得食用，或因長期食用後危害健康之高度可能；且違法排放廢水之時間甚長、水量及有毒重金屬含量均高，而所排放之洋仔厝溪為全體國民之公共財，因溪流具流動性、開放性，洋仔厝溪遭污染後，從事農事、漁撈之國民因接觸水體，甚至一般民眾偶然接觸水體或底泥，即有可能，王文彬、林建隆將未符合放流水標準之電鍍廢水（液）排放至洋仔厝溪，污染河川水體及底泥，已具體對公共安全構成危害，而致生公共危險（原判決第22至27頁）。經核原判決關於王文彬此部分及林建隆之採證認事並無違反經驗法則、論理法則，亦無違背證據法則、判決理由不備、理由矛盾之違誤。

2. 且查：①王文彬就非法排放廢水之次數，其歷次供述並不一致，原判決說明依環保署96年6 月8 日環署督字第0000000009號函檢附之督察紀錄，合信公司於96年5 月24日遭查獲排放廢水；另依臺灣彰化地方檢察署檢察官及環保警察於103 年3 月16日、17日、18日、19日、20日、26日、4 月3 日、4 日、13日、20日在合信公司道路側溝掛管採樣之檢測報告，合信公司於上開期間有10次排放廢水行為，說明合信公司自96年5 月24日起至103 年4 月20日至少非法排放廢水11次（原判決第20頁），並未執為第一審事實認定錯誤，而撤銷第一審判決之理由，與事實欄之記載，亦無矛盾。②小新圳抽水站抽取之水源，雖包括洋仔厝溪、安東排水及彰化市匯

流之水，惟在合信公司廠外道路側溝及茂琳公司之沈澱槽、還原槽檢測採樣結果，其重金屬含量均逾放流水標準，另在合信公司、茂琳公司洋仔厝溪排放口採集之底泥及土壤檢測值，合信公司鋅、鎳、鉻，茂琳公司銅、鉻、鎳、鋅，均逾土壤管制標準及底泥品質指標上限值，小新圳抽水站既抽取洋仔厝溪水源作為灌溉水體，於小新圳抽水站附近農地土壤檢出有害健康之物之重金屬銅、鋅之數值均超過食用作物農地之土壤污染管制標準，原判決綜合上開事證，認定合信公司、茂琳公司非法排放未經處理或未處理完全之廢水入洋仔厝溪，已污染洋仔厝溪及引入洋仔厝溪水源灌溉之農地，而致生公共危險，尚無不合。③原判決理由欄二貳(二)(5)已依憑證人盧至人教授於第一審之證詞，說明單次性水體採樣結果與底泥驗出物，尚不能等量齊觀，排放口之底泥為長期因重力而沉積於地面水體底層之物質，顯然比單次性水體採樣更能查悉長期排放入水體之污染物，不能以單次性水體採樣來否定底泥檢測之真實性，反之亦然。且說明林建隆將茂琳公司未符合放流水標準之廢水（液）排放至洋仔厝溪，如何已對公共安全構成危害，而致生公共危險，對於林建隆辯稱茂琳公司廠內廢水在未排放前並未超標，可否認定已致生公共危險云云，及臺灣彰化農田水利會104年6月3日彰水管字第0000000000號函檢附之「99年至104年小新圳抽水站水質初、複驗檢測報告」、「小新圳抽水機複驗資料」，未說明不採之理由，雖有微疵，惟並不影響於判決之結果。④個案事實不同，尚不得比附援引，本院105年度台上字第3401號判決意旨，不得執為認定本案適用法則是否不當之依據。王文彬上訴意旨1至5、林建隆上訴意旨2至6，或置原判決已明白論斷之事項於不顧，猶執陳詞，仍為單純事實爭議，或就屬原審採證、認事職權之適法行使，任憑主觀妄為指摘，或對於不影響於判決本旨之枝節事項，予以爭執，均非適法之第三審上訴理由。

(二)王文彬、林建隆其餘上訴意旨，經核係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，及對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力等職權行使，徒以自己之說詞，泛指其違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。

四、綜上，王文彬、林建隆上訴意旨並未依據卷內訴訟資料具體指摘原判決有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，應認王文彬、林建隆關於污染土壤、水體罪、任意棄置有害事業廢棄物罪、未依規定處理廢棄物致污染環境罪之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。又裁判上一罪案件之部分犯罪得提起第三審上訴，其他部分雖不得上訴，依審判不可分原則，第三審法院應併予審判者，係以得上訴部分之上訴合法為前提，如該上訴不合法律上之程式，第三審法院既應從程序上予以駁回，而無從為實體上判決，對於不得上訴部分自無從適用審判不可分原則，併為實體上審判。次按刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。王文彬、林建隆所犯修正前水污染防治法第36條第1 項非法排放廢水罪部分，屬該款之罪，既經第一審及原審判決，均認有罪，且與上開重罪有想像競合犯之關係，依上開說明，自不得上訴第三審法院。而得上訴重罪部分之上訴既不合法律上之程式，應從程序上予以駁回，關於非法排放廢水罪輕罪部分，自無從為審判，應併予駁回。

貳、王文彬申報不實罪部分：

- 一、按上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348 條第1 項定有明文。王文彬對原判決不服，於106 年7 月6 日提起上訴，未聲明為一部上訴，依前開規定，應視為全部上訴。
- 二、刑事訴訟法第376 條第1 項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴第三審法院，為該條項所明定。
- 三、王文彬所犯修正前水污染防治法第35條之申報不實部分，原判決維持第一審科刑之判決，駁回王文彬此部分在第二審之上訴。核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款之案件。依首開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，王文

彬猶對之提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。  
據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 11 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 林 勤 純  
法官 林 立 華  
法官 鄧 振 球  
法官 莊 松 泉  
法官 黃 斯 偉

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 107 年 10 月 17 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,275

【裁判日期】1071024

【裁判案由】違反貪污治罪條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第275號

上訴人 陳建財

選任辯護人 薛松雨律師

上訴人 劉宜昌

選任辯護人 王東山律師

上訴人 林茂榮

選任辯護人 黃啓逢律師

上訴人 吳承隆

選任辯護人 吳秋樵律師

上訴人 顏志和

朱睿彬（原名朱紹義）

共 同

選任辯護人 陳建宏律師

上訴人 杜慶良

選任辯護人 陳友炘律師

許美麗律師

古旻書律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國106年4月28日第二審判決（102 年度上重訴字第16號，起訴案號：臺灣新北〈原板橋〉地方檢察署98年度偵字第3269、25388、34294號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於陳建財、劉宜昌、林茂榮、吳承隆、顏志和、朱睿彬、杜慶良部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人陳建財、劉宜昌、林茂榮、吳承隆、顏志和、朱睿彬、杜慶良（下稱上訴人7 人）部分之科刑判決，經比較新舊法後，改判依修正前牽連犯之規定，從一重論處上訴人7 人共同犯經辦公用工程浮報價額罪刑（均處有期徒刑）及沒收等。固非無見。



## 二、惟查：

(一)科刑判決書，須先認定犯罪事實，然後於理由內敘明其認定犯罪所憑之證據，方足以資論罪科刑，如認定事實與其所採用之證據，及認定之理由不相適合，即屬理由矛盾，其判決當然為違背法令。本件原判決認定：「(一)浮編工程概算書部分：陳建財、林茂榮、劉宜昌均明知林口鄉舊市區之中山路、中正路、文化一路、忠孝路、仁愛路、竹林路、林口路、粉寮路八條道路，林口路無雨水下水道（下稱下水道），中正路、竹林路僅部分路段有下水道，八條道路之下水道及兩側排水溝淤積有限，推由劉宜昌虛構以『臺北縣政府所提供之舊下水道圖』為標準，估算林口路下水道淤積7,288 立方公尺、中山路下水道淤積20,214立方公尺、文化一路淤積1,568立方公尺、中正路淤積78立方公尺、竹林路淤積377立方公尺、忠孝路淤積3,289立方公尺、仁愛路淤積192立方公尺、粉寮路淤積155立方公尺，以淤積量總計33,161 立方公尺，每立方公尺清疏單價新臺幣（下同）550 元計算，浮編直接工作費之下水道清疏部分18,238,244元，另編列人孔蓋提昇50座225,000元、下水道調查費用843,150元及其他費用，製作總經費2,422 萬元之『本鄉舊市區下水道調查及疏濬工程概算書』（下稱系爭工程概算書），經陳建財同意，以林口鄉公所名義，將系爭工程概算書列為附件，發函向林口鄉民代表會爭取同額工程經費，嗣經林口鄉代會同意墊付。」等情（見原判決第6頁之犯罪事實二、（一））；復於理由內記載其依據之理由略以：「(三)就被告劉宜昌編製系爭工程概算書予陳建財核可，與正常流程相違：1.參之被告劉宜昌所製作之系爭工程概算書上『課長、覆核、承辦人員』欄位上僅有『監工劉宜昌』之職章，而林口鄉000000000000號北縣林建字第0930002534號（函）稿上未有主任秘書之簽核，並以上開工程概算書作為附件一節，此有系爭工程概算書、林口鄉公所於93年2月9日發文字號北縣林建字第0930002534號（函）稿影本在卷可稽（見卷證(二)第1至4頁），顯見被告劉宜昌製作系爭工程概算書及發函爭取林口鄉代會同意先行墊付款項並未逐層陳核才經被告陳建財同意，此舉使有稽核權之人無法表示不同意見，被告陳建財係鄉長為最後決定權之人，並未詳查，卻仍為核章，均有違製作系爭工程概

算書及發函爭取墊付款之正常程序。」（見原判決第32頁之理由甲、(乙)、壹、四、(三)、1.），及「6.又林口鄉公所93年2月9日北縣林建字第0930002534號函說明三，書明『三、如附件【工程概算書】。』，該函並有鄉長即被告陳建財之核章，且有系爭工程概算書附於函文之後（見卷證(二)第2至4頁），足認系爭工程概算書確實為該函附件並呈鄉代會作為同意墊付工程款之憑，被告劉宜昌及其辯護人辯稱無人因此概算書而受影響云云，亦非可採。」（見原判決第134 頁之理由甲、(乙)、貳、二、6.）各等旨。惟劉宜昌及其辯護人於原審及第一審即已再三爭執上開系爭工程概算書並未檢附在民國93年2月9日之簽呈上，陳建財亦主張上開劉宜昌製作之系爭工程概算書並未作為呈核附件等情。經核對卷內臺北縣林口鄉公所93年2月9日北縣林建字第0930002534號函文影本內之說明欄，雖載有「三、如附件『工程概算書』。」字樣，該函文次頁並蓋有鄉長陳建財之機關公文簽字章（公文程式條例第3條第1項第2 款參照），復有系爭工程概算書附於函文之後（見他字第5663號卷第100至102頁），惟簽核之內部（函）稿影本，說明欄僅有一、二，該頁左側緊接即為「首長、主任秘書（秘書）、課室主管、承辦單位」之簽核欄位，其說明欄內並無「三、如附件『工程概算書』。」之記載（見他字第5663號卷第99頁）。上開對外發文之函文與內部呈核之（函）稿內容顯然不同。系爭工程概算書究竟有無列為內部呈核（函）稿及對外正式發函之附件？即非無疑。原審就此全未置論，並未調取該（函）稿及正式函文之原本詳予核對釐清，亦未詳查究明卷內影印之（函）稿之內容何以不符，遽為前揭不利於陳建財、劉宜昌等人之論斷，已有調查職責未盡及判決理由欠備、矛盾之違法。

- (二)貪污治罪條例中關於共同經辦公用工程浮報舞弊而收取犯罪所得，通常極為隱密，彼此之間若欠缺一定之信賴關係，多不敢冒然從事，為填補、建立此一信任關係，復有所謂中間角色即俗稱「白手套」出現，且因其犯罪態樣之特殊隱密性，常會輾轉多人之手，而不易查清其資金流向，是在此類犯罪類型因部分共同被告或證人等已明白供稱犯罪不法所得之流向後，如無積極事證足以證明共同正犯中之一人或「白手套」確有取得犯罪所得或轉交其他共同正犯，而在其他共同

正犯犯罪、但無法調查各自分受犯罪所得之情形，基於各共犯實際犯罪利得分別沒收之分配追徵法理，即應就其他共同正犯平均分擔沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，則以其等之財產平均分擔追徵其價額。原判決以本案犯罪所得為5,367,417元（第一次估驗浮報3,160,696 元+第二次估驗浮報2,206,721元=5,367,417 元），其中第一次估驗款7,176,342 元由林茂榮及陳憶雯（經第一審通緝中，係陳建財之女）分得，林茂榮實際領得500 萬元，為新做中山路排水溝之工程款，並非本件工程之犯罪所得；第二次估驗款7,616,365 元則由陳憶雯全數分得等由，因認本案犯罪所得全為陳憶雯取走，上訴人7 人並未分得犯罪所得，均毋庸論知沒收（見原判決第150至151頁之理由甲、(乙)、肆、六）。惟就第二次估驗款7,616,365 元，雖係由陳憶雯指派之證人黃怡德陪同同案被告張呈基以林口鄉公所之公庫支票提領現金後，先存入其女友黃慧菁名下之臺灣銀行新莊分行071004326023號帳戶，再轉匯入陳憶雯所指定之帳戶（見原判決第102至104頁之理由甲、(乙)、壹、九、(四)），然陳憶雯係鄉長陳建財之女，是否擔任「白手套」代陳建財領走上開款項？又原審所認定自黃慧菁上開臺灣銀行新莊分行帳戶再轉匯入之陳憶雯所指定帳戶，依卷內匯款單據及證人黃怡德於法務部調查局臺北縣調查站詢問所述，係由黃怡德於94年5月3日分匯臺北國際商業銀行（已併入永豐商業銀行）五股分行之周金龍帳戶150 萬元、臺北國際商業銀行泰山分行之曾鳳珠帳戶328萬元及臺中商業銀行林口分行之陳憶雯帳戶313萬元（見偵字第3269號卷一第546至549頁），乃原審就上開各該轉匯款項其後之確實去向，未為必要之說明論述，徒以上開款項曾轉匯進入陳憶雯所指定之他人及其本人之帳戶，即認定本案犯罪所得全歸陳憶雯所實際分得，陳建財等人均未分得犯罪所得毋庸分擔沒收，而未翔實調查認定陳建財或其他上訴人分擔之犯罪所得各為若干，於其各自分受之利得範圍內宣告沒收或追徵，亦有調查未盡及理由不備之違法。

- (三)無公務員身分者，與公務員共犯貪污治罪條例之罪者，依該條例第3條規定，亦依本條例處斷，此為刑法第31條第1項之特別規定。原判決認定林茂榮、顏志和均未具公務員身分，並引用上開特別規定，資為其等與陳建財等其他公務員，共

犯貪污治罪條例第4條第1項第3款之經辦公用工程浮報價額罪之論罪依據（見原判決第144頁之理由甲、(乙)、參、四、(一)）。則關於林茂榮、顏志和2人部分，其主文應諭知「與公務員共同犯經辦公用工程浮報價額」之罪名，始符罪刑法定之原則，乃原判決主文僅載為「共同犯經辦公用工程浮報價額罪」，自欠允當。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，原判決上述違背法令情形，有影響於事實之確定者，本院無可據以為裁判，應認為有撤銷發回更審之原因。至原判決關於上訴人7人另涉犯政府採購法第88條第1項後段意圖為私人不法之利益對廠商資格為違反法令之限制或審查因而獲得利益罪嫌而不另為無罪諭知部分（見原判決第152至154頁之理由甲、(乙)、陸），因與發回部分有修正前牽連犯之裁判上一罪關係，基於審判不可分原則，應併予發回。又本件係99年1月15日繫屬第一審法院，有該法院文件收文戳附卷可憑（見第一審重訴字第5號卷第1宗第1頁），案經發回後，有無刑事妥速審判法第7條規定之適用，亦應併予注意。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 24 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發

法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 1 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,1572

【裁判日期】1071003

【裁判案由】違反銀行法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第1572號

上訴人 賴彩美  
林鴻銘

共同

選任辯護人 陳雅珍律師

上訴人 林煌欽

選任辯護人 周威良律師  
張本皓律師

上訴人 張亞淑（原名張阿淑）

選任辯護人 柯士斌律師  
柯林宏律師

上列上訴人等因違反銀行法案件，不服臺灣高等法院中華民國106年8月2日第二審判決（103年度金上重訴字第37號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署100年度偵字第5151號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於賴彩美、林鴻銘、林煌欽、張亞淑部分撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人賴彩美、林鴻銘、林煌欽、張亞淑（下稱上訴人4人）有其事實欄（下稱事實）所載違反銀行法等犯行明確，因而撤銷第一審關於上訴人4人部分之科刑判決，改判依集合犯論處上訴人4人共同犯銀行法第125條第1項後段之非法經營銀行業務各1罪刑（其中事實三、四部分，各一行爲均同時觸犯修正前刑法第339條第1項詐欺取財罪）及爲沒收之諭知，固非無見。

二、惟按：

（一）證據雖已調查，若該項證據內容尙有重要疑點未予釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。經查：

1. 原判決雖依憑被害人即證人張金峯於偵查中之證述，據以認定其投資金額為新臺幣（下同）24,000,000元等情（見原判決附表〈下稱附表〉二第5 頁、編號10），惟其於第一審證稱：「（你總共投資多少？）我太太即林秀貞是跟我講大約2150，為何我的擔保票是2400萬，我不知道，要問我太太才知道。」「我剛有問過我太太，她是跟我說2150萬，因為我不過問這種事情，所以我也不知道。」「投資金額表格是我太太寫的，我有看過，我問我太太說『這樣寫好還是不好啊』，我太太就說『沒關係，就這樣寫』。」「（2150萬跟2400萬差距很多，你為何對於金額會搞不清楚？）我真的不清楚。」等語（見第一審卷三第111頁反面、第113頁反面、第114頁正面）。
  2. 原判決雖依憑被害人即證人黃美麗之證述及其所提出之支票，據以認定其投資金額為58,000,000 元等情（見附表二第1頁、編號2），惟依其於民國99年10月4日所提出之附表二第2頁之該2張50萬元之支票（見99年度他字第1070號卷一第22頁），係夾在被害人林金禾及其所提出之支票間（見同上偵卷第23至27頁），憑票支付欄位均空白，其中1張票號AW0666094金額為653,666元亦非50萬元，且與其所提出附表二第1頁之其他支票，其上均載有「憑票支付黃美麗」有所不同，又未經黃美麗於法院審理中確認，或有其他證據足以證明係其投入之資金。
  3. 原判決雖依憑被害人即證人黃家盈之證述及其所提出之支票，據以認定其投資金額為3,500,000 元等情（見附表二第14頁、編號25），唯其僅提出50萬元之支票（見同上偵卷第57頁），其餘3,000,000 元，並無任何憑證以佐證其確有投入該3,000,000元之資金。
  4. 以上各情，攸關上訴人4 人吸收金額即其犯罪所得數額之認定，此部分事實尚未臻明瞭，猶有進一步加以調查究明之必要。原審對於上述疑點未予調查釐清，遽行判決，難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。
- (二)科刑判決書記載之犯罪事實，為論罪科刑適用法律之基礎，凡與犯罪構成要件有關之事項，必須詳加認定，明確記載，並敘明認定犯罪事實所憑之證據與認定之理由，使事實與理由互相一致，方為合法。倘理由未予說明，或理由前後齟齬

，即有判決理由不備或矛盾之違誤，構成撤銷之原因。經查：

1. 附表二編號48張玉芬部分，原判決認定其於99年6月1日後仍投入金額100,000 元，然於備註欄又註明其係95年至98年投資（見附表二第24頁），顯有矛盾。
2. 原判決事實三後段記載「其後林文財、賴彩美、張阿淑為擴大規模，林煌欽、林鴻銘共同基於非法經營銀行收受存款業務之犯意聯絡、行為分擔加入分工，同時共同基於意圖為自己不法所有之犯意聯絡、行為分擔，由林煌欽於95年11月22日擔任鼎盛興公司登記負責人，林鴻銘亦自97年5 月起在鼎盛興公司工作，林鴻銘並自99年5 月26日起擔任鼎鴻公司登記負責人，由林文財在鼎盛興公司、鼎鴻公司所設立地址接待投資人、收受存款、給付利息。」等情（見原判決第5 頁）；於論罪時亦敘明林煌欽係自95年11月22日起加入，林鴻銘自97年5 月間某日加入為上開犯行等旨（見原判決第84頁）。然 ① 林煌欽部分，原判決理由欄所依憑之第36至43頁(1)至(29)所示許金禾等29位證人之證述，並未見有何證人敘及林煌欽為附表一之分工行為係自95年11月22日起，又核對附表三林煌欽共同參與期間之被害人交付款項予林煌欽之時間，最早為陳志忠、時間為95年11月25日（見附表三第12頁），亦非95年11月22日鼎盛興公司設立登記日之時，且原判決並認定鼎盛興公司確有從事建設公司業務（見原判決第59至60頁），非空頭公司。②林鴻銘部分，原判決理由欄所依憑之第45至53頁之(2)至(21)所示邱英俊等20位證人之證述，並未見有何證人提及林鴻銘為附表一之分工行為係自97年5 月起，又核對附表四林鴻銘共同參與期間之被害人交付予林鴻銘之時間，最早為簡淑真、時間為96年8 月16日（見附表四第7頁），並非97年5月間某日；且於理由欄第47頁援引證人林錫鏗於第一審證稱：「我拿錢去給林文財時，我看到的是林文財會叫他兩個兒子把錢拿去銀行存；我也有看過林文財的兩個兒子從銀行領錢回來交給林文財，是林文財叫他們去領錢的，林煌欽、林鴻銘我都有看過他們替林文財跑銀行，是林鴻銘我比較常看到，林煌欽是後期才有幫林文財跑銀行，林鴻銘先回來，然後林煌欽後來從臺北回來後才幫林文財接手錢跑銀行的」等語。係認林鴻銘參與本件犯行

之時間比林煌欽還早等語。從而，何以認定鼎盛興公司設立登記時，即為林煌欽加入本件犯行時，及林鴻銘係自97年5月間某日起加入本件犯行，未見原判決詳加究明論斷。以上併有證據上理由矛盾及調查未盡、理由欠備之違法。

(三)檢察官就被告之全部犯罪事實以實質上或裁判上一罪起訴者，因其刑罰權單一，在審判上為一不可分割之單一訴訟客體，法院自應就全部犯罪事實予以合一審判，以一判決終結之，如僅就其中一部分加以審認，而置其他部分於不論，即屬刑事訴訟法第379條第12款所稱「已受請求之事項未予判決」之違法。經查：依檢察官起訴書所記載，林鴻銘係自起95年11月22日起參與本件犯行（見起訴書第3頁），且論以實質上一罪（見起訴書第65頁），而原判決亦以集合犯論以一罪，然原判決事實三係載為林鴻銘自97年5月起加入本件犯行（見原判決第5頁），則自95年11月22日起至97年5月前之間，林鴻銘是否有本件犯行，在審判上自屬一不可分割之訴訟客體，應全部加以論究而以一判決終結之；而原判決對此部分，是否成立犯罪，俱未認定或說明，自有已受請求之事項未予判決及理由不備之違背法令情形。

(四)共同正犯犯罪所得之沒收或追徵，應就各人所分得之數為之。倘若共同正犯內部間，對於不法利得分配明確時，應依各人實際分配所得宣告沒收；若共同正犯成員對不法所得並無處分權限，與其他成員亦無事實上之共同處分權限者，自不予諭知沒收；然若共同正犯各成員對於不法利得享有共同處分權限，惟彼此間分配狀況未臻具體或明確，自應負共同沒收之責，所謂負共同沒收之責，參照民法第271條「數人負同一債務，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔之」，民事訴訟法第85條第1項前段「共同訴訟人，按其人數，平均分擔訴訟費用」等規定之法理，即係平均分擔之意，且不因部分共同正犯已死亡，而影響、增加其他共同正犯所應負擔之沒收責任範圍（即已死亡之共同正犯，亦應列入共同、平均分擔之人數計算），至於已死亡之共同正犯應沒收之犯罪所得（即平均後其應負之數額），已因繼承發生而歸屬於繼承人所有，於事實審言詞辯論終結前，或由檢察官依法向法院聲請對繼承人宣告沒收，或於法院認為有必要時，依職權裁定命繼承人參與沒收程序；或



若無可包含或附隨之本案訴訟裁判，而有沒收之必要時，亦可由檢察官向法院聲請對繼承人單獨宣告沒收，要屬另一問題。經查：本件原判決既認如附表四所示之金額新臺幣（下同）4億4,858萬5,000元，為林文財（已死亡）及上訴人4人共犯之所得；如附表三所示之金額5億7,888萬5,000元為林文財及賴彩美、張亞淑、林煌欽所共犯之所得；如附表二所示之金額12億1,800萬5,000元為林文財、賴彩美、張亞淑所共犯之所得（見原判決第89至90頁）。並敘明：審酌本案受害人多達100多人，金額甚鉅，上訴人4人所參與犯行屬本案犯罪主要部分，且張亞淑曾為林文財女友，復於林文財住院期間照顧林文財，與林文財關係顯甚為密切。另林文財所吸收資金既有進入賴彩美、林煌欽、林鴻銘等人所使用、管領之帳戶，且林文財死亡後，林文財原有之動產、不動產顯已成為遺產之一部分，賴彩美、林煌欽、林鴻銘對於該等遺產亦有繼承權。而卷內雖無其他證據足證上訴人4人實際分得之數額，然上訴人4人就前開各段時間參與犯罪之吸金款項享有共同處分權限，犯罪所得自應諭知共同沒收。爰就上訴人4人所各自參與犯罪部分，由各該段時間為該段犯行之共犯共同負責，各該上訴人就本案犯罪所得應予諭知共同沒收之情形敘述如下：①附表二、三、四，張亞淑於本案所投資款項金額各為1億3,050萬元、7,050萬元、3,840萬元，足見張亞淑自85年起迄鼎盛興公司成立前、鼎盛興公司成立後迄林鴻銘參與本案犯行前、林鴻銘參與本案犯行後，其出資之款項金額各為6,000萬元及3,840萬元。②附表五編號一所示金額，乃附表二與附表三所示差額，此為林煌欽參與犯罪前之吸金金額，為自85年起迄鼎盛興公司成立前之本案犯罪所得，金額應為6億3,912萬元，該段時間之共犯為林文財、賴彩美、張亞淑，此等金額本應由該3人共同負責，然因林文財已死亡，無從共同負責，故由賴彩美、張亞淑共同負責。但因張亞淑亦為本案投資人，於該段期間內投資金額為6,000萬元（該款項雖應計入違反銀行法第125條第1項後段之犯罪所得，但此所謂犯罪所得與刑法沒收章所稱之犯罪所得範圍未必相同），該款項本即為張亞淑所有之投資款，非屬就張亞淑部分應予沒收之犯罪所得，故張亞淑部分應於扣除此款項後，於5億7,912萬元範圍內與賴彩美共同負責。③附表

五編號二所示金額，乃附表三與附表四所示差額，此為林煌欽參與犯罪後、林鴻銘參與犯罪前之該段時間吸金犯罪所得，金額應為1億3,030萬元，該段時間之共犯為林文財、賴彩美、張亞淑、林煌欽，除已死亡之林文財已無從負責外，由賴彩美、張亞淑、林煌欽共同負責。但因張亞淑亦為本案投資人，於該段期間內投資金額為3,210 萬元，該款項本即為張亞淑所有之投資款，非屬就張亞淑部分應予沒收之犯罪所得，故張亞淑部分應於扣除此款項後，於9,820 萬元範圍內與賴彩美、林煌欽共同負責。④附表五編號三所示金額（即附表四所示金額4 億4,858萬5,000元），為林鴻銘參與本案犯罪後之犯罪所得，共犯為林文財、賴彩美、張亞淑、林煌欽、林鴻銘，應由此等共犯共同負責，除已死亡之林文財已無從負責外，由賴彩美、張亞淑、林煌欽、林鴻銘共同負責。但因張亞淑亦為本案投資人，於該段期間內投資金額為3,840 萬元，該款項本即為張亞淑所有之投資款，非屬就張亞淑部分應予沒收之犯罪所得，故張亞淑部分應於扣除此款項後，於4 億1,018萬5,000元範圍內與賴彩美、林煌欽、林鴻銘共同負責（見原判決第91至92頁）。並據此於上訴人4 人主文欄項下，依序分別為：「未扣案之如附表五編號一所示犯罪所得沒收，並就其中新臺幣伍億柒仟玖佰拾貳萬元部分與張阿淑共同沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額；如附表五編號二所示犯罪所得與林煌欽共同沒收，並就其中新臺幣玖仟捌佰貳拾萬元與張阿淑共同沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額；如附表五編號三所示犯罪所得與林煌欽、林鴻銘共同沒收，並就其中新臺幣肆億壹仟拾捌萬伍仟元與張阿淑共同沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額。」（以上為賴彩美部分）；「未扣案之如附表五編號三所示犯罪所得與賴彩美、林煌欽共同沒收，並就其中新臺幣肆億壹仟拾捌萬伍仟元與張阿淑共同沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額。」（以上為林鴻銘部分）；「未扣案之如附表五編號二所示犯罪所得與賴彩美共同沒收，並就其中新臺幣玖仟捌佰貳拾萬元與張阿淑共同沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額；如附表五編號三所示犯罪所得與賴彩美、林鴻銘

共同沒收，並就其中新臺幣肆億壹仟拾捌萬伍仟元與張阿淑共同沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額。」（以上為林煌欽部分）；「未扣案之犯罪所得新臺幣伍億柒仟玖佰拾貳萬元與賴彩美共同沒收、犯罪所得新臺幣玖仟捌佰貳拾萬元與賴彩美、林煌欽共同沒收、犯罪所得新臺幣肆億壹仟拾捌萬伍仟元與賴彩美、林煌欽、林鴻銘共同沒收；於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，均追徵其價額。」（以上為張亞淑部分）之諭知。依上述說明，於法均有違誤。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而因第三審法院應以第二審判決所確認的事實，作為判決的基礎，原判決上述違背法令情形，已影響於事實的確定，本院尚無從為其適用法律當否的判斷，自應認原判決關於上訴人4人上開部分有撤銷發回更審的原因。又上訴人4人以一行為另犯詐欺取財罪及經原審說明不另為無罪諭知部分，基於審判不可分原則，應併予發回。末按，原審判決後，107 年 1 月31日修正公布之銀行法第136條之1明定：「犯本法之罪，犯罪所得屬犯罪行為人或其以外之自然人、法人或非法人團體因刑法第38條之1第2項所列情形取得者，除應發還被害人或得請求損害賠償之人外，沒收之。」案經發回，宜併注意及之。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 3 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 梁 宏 哲

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 11 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3164

【裁判日期】1071031

【裁判案由】違反貪污治罪條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3164號

上訴人 鍾朝雄

選任辯護人 林志忠律師

上訴人 李 奕

選任辯護人 蕭仰歸律師

任俞仲律師

陳明良律師

上訴人 蘇義宗

選任辯護人 蕭文濱律師

張雯峰律師

上訴人 張進財

選任辯護人 江銘栗律師

上訴人 胡佑良

選任辯護人 張慶宗律師

上訴人 鄭文忠

選任辯護人 古富祺律師

蘇隆惠律師

上訴人 曾建國

林春松

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國106年12月27日第二審判決（105年度上訴字第1838、1839號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署101年度偵字第24914號、102年度偵字第584、4874、4989號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未

依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

- 二、本件原判決撤銷第一審關於上訴人李奕、曾建國、張進財、鄭文忠、胡佑良、鍾朝雄、蘇義宗、林春松（下稱上訴人等8人）部分之科刑判決，改判各論處李奕、曾建國、張進財、鄭文忠、胡佑良、蘇義宗共同或單獨犯貪污治罪條例第5條第1項第3款對於職務上行爲收受不正利益罪刑（李奕如原判決附表〈下稱附表〉一之(1)編號1所示1罪；曾建國如附表一之(2)編號1至3所示3罪；張進財如附表一之(3)編號1、2、5所示3罪；鄭文忠如附表一之(4)編號1至2所示2罪；胡佑良如附表一之(5)編號1所示1罪；蘇義宗如附表一之(7)編號1所示1罪，以上各罪均處有期徒刑、褫奪公權及追徵），及張進財、鍾朝雄各犯貪污治罪條例第4條第1項第5款對於違背職務之行爲收受不正利益罪刑（張進財如附表一之(3)編號4所示1罪；鍾朝雄如附表一之(6)編號1所示1罪，均處有期徒刑、褫奪公權及追徵），暨林春松如附表一之(9)編號4所示之非公務員對於公務員違背職務之行爲交付不正利益1罪刑及褫奪公權。已詳敘調查、取捨證據之結果及得心證之理由。並就李奕、曾建國、張進財、鄭文忠、胡佑良、鍾朝雄、蘇義宗否認犯罪及所辯各語，認非可採，已綜合全部卷證資料，詳加論斷及說明。
- 三、刑法第10條第2項第1款之立法理由明示，依政府採購法規定之各公營事業之承辦、監辦採購等人員，均屬該款後段之其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限之公務員。又依行政院公共工程委員會依政府採購法第112條規定之授權，訂定發布採購人員倫理準則，所稱採購人員，係指機關辦理政府採購法採購事項之人員，即包括處理訂定招標文件、招標、開標、審標、比價、議價、決標、訂約、履約管理、驗收及爭議處理之人員。而依政府採購法辦理採購，自招標、決標（包含開標、投標、審標）、履約管理（包含訂定採購契約、對工程採購之分段查驗）至驗收，均屬完成採購作業之各階段行爲，具有連貫性，不容任意予以割裂。雖現行政府採購法就採購機關與廠商間就有關採購事項所生之爭

議，依是否已經訂約而異其處理程序，即就招標、審標、決標等訂約前之作爲，以異議、申訴等行政爭訟程序救濟，申訴審議判斷視同訴願決定；訂約後之履約爭議，則以調解或仲裁等程序解決。其中關於招標、審標、決標等階段爭議之申訴審議判斷視同訴願決定，固應認均係執行公權力之行爲；然機關於訂約後與廠商間之履約爭議（包括履約管理及驗收），依民國91年2月6日修正前政府採購法第74條規定，原亦得適用異議、申訴程序解決，嗣該法於91年2月6日修正時，雖就履約爭議修正爲以調解、仲裁程序解決，惟其立法意旨僅在於使救濟制度單純化，並避免原規定履約或驗收之爭議，得由得標廠商自由選擇適用申訴程序或仲裁、起訴，將造成救濟體系積極衝突，實有不宜，爰予刪除（見該法第74條修正理由）；則此之修正，乃立法者基於晚近行政事務態樣日益複雜，對於某類行政事項處理結果，應如何定其爭訟途徑，而單純從簡化救濟程序上之考量所爲之技術性規定而已。此種區分，使出自同一採購行爲之爭議，強分爲須依兩種不同之爭訟程序以求救濟，是否適當，已不無爭議。再參諸前揭刑法修正立法理由之說明，依政府採購法規定之公營事業承辦、監辦採購等人員，既均屬修正後刑法第10條第2項第1款後段之「授權公務員」，亦無僅因前揭處理爭議之救濟程序上之便宜規定，即進而強行區分其承辦、監辦前階段之招標、審標、決標等人員，始屬刑法上之公務員，而後階段之履約、驗收等承辦、監辦人員，則否定其爲刑法上公務員，而致原本同以依法令從事公共利益爲前提之群體事務（即公共事務）定其主體屬性之體系，因此割裂而異其適用之理。是採購案倘應適用政府採購法時，已非純粹之私法關係，仍屬具有法定職務權限之公共事務。本案鍾朝雄、李奕、蘇義宗、張進財、曾建國、胡佑良、鄭文忠（下稱鍾朝雄等7人）分別就臺灣鐵路管理局（下稱臺鐵局）依據政府採購法辦理之下列採購案件，有如下權責：(1)鍾朝雄爲臺鐵局副局長，並歷任總工程司一職，就南太麻里溪橋改建工程案具有管理、督導之權責。(2)李奕爲臺鐵局工務處副處長，並歷任工務處橋隧科長、專案工程處副處長等職務，對於50公斤枕型道岔案具有辦理驗收權責，並對於南太麻里溪橋改建工程案具有管理、督導之權責。(3)蘇義宗任臺鐵局工務處路

線科軌道股幫工程司一職，對於站場更新工程具有辦理驗收權責。(4)張進財先後擔任臺鐵局工務處路線科材料股工務員、幫工程司之職，對於50公斤伸縮接頭、50公斤枕型道岔案具有經辦驗收（包括抽驗、協驗）等權責，並負責 50kg-N6 孔絕緣接頭、UIC60鋼軌6孔絕緣接頭、50kg-N鋼軌等材料規範修訂事宜案及研擬50kg-N 硬頭鋼軌15000公尺材料採購案材料建議底價等職務。(5)曾建國擔任臺鐵局工務處路線科材料股助理工務員，負有50公斤伸縮接頭、50公斤枕型道岔案、UIC60 鋼軌彈性基鈹標案之驗收（包括抽驗、協驗）等權責。(6)胡佑良任臺鐵局正工程司兼任工務處臺中工務段段長一職，負有大甲等車站無障礙電梯工程案之管理、督導之權責。(7)鄭文忠為臺鐵局副工程司，任工務處臺中工務段副段長一職，並歷任工務處路線科材料股股長、養護總隊副隊長等職務，負有UIC60 鋼軌彈性基鈹標案經辦招標、驗收，及協助管理督導大甲等車站無障礙電梯工程案等權責。是鍾朝雄等7 人所各別從事涉及上開採購案管理、督導、驗收、履約及鐵道材料規範修訂等相關職務，攸關眾多鐵路工作人員、鐵路安全，及大眾運輸安全等公共事務之公共利益，所為之事務即屬公共事務，其等辦理採購事務、鐵道材料規範研擬修訂時，應受採購人員倫理準則及政府採購法等相關法令之規範，均具有法定職務權限。原判決已說明其憑以認定鍾朝雄等7人均為貪污治罪條例及刑法第10條第2項第1 款後段規定之「授權公務員」之依據及理由（見原判決第33至42頁），難謂有理由欠備之違法。鍾朝雄等7 人上訴意旨仍爭執其等非屬於貪污治罪條例及刑法規定之公務員，皆無可採。

四、公務員從事公職，已由國家支付法定薪資，是執行公務時，應秉持公正、廉明，人民對於公務員執行公權力有不再收錢即可公正處理事情之「廉潔性」（即不可收買性）及執行職務「公正性」等期待，而此等廉潔性、公正性之期待，於辦理政府採購人員之法制規範上則體現於政府採購法、採購人員倫理準則，尤以採購人員倫理準則依據政府採購法第 112 條規定訂定，其中第3 條規範採購人員應致力於公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，並促使採購制度健全發展；第4 條則明訂採購人員應依據法令，本於良知，公正執行職務，不為及不受任何請託或關說，以秉

持執行公權力之「廉潔性」、「公正性」為核心理念。至於落實辦理政府採購人員之細緻化作為則展現於該採購人員倫理準則第7條至第9條規範，其中第7條明訂禁止採購人員之作為，諸如：利用職務關係對廠商要求、期約或收受賄賂、回扣、餽贈、優惠交易或其他不正利益；接受與職務有關廠商之食、宿、交通、娛樂、旅遊、冶遊或其他類似情形之免費或優惠招待；洩漏應保守秘密之採購資訊；利用職務所獲非公開資訊圖私人不正利益等妨害不能公正執行職務之事務或活動，而第8條、第9條則例外的訂定允許接受廠商之餽贈或招待，惟仍有相當條件限制，諸如：符合社會禮儀或習俗，偶發之情形，價值在新臺幣（下同）500元以下之招待，公開舉行且邀請一般人參加；或於無適當食宿場所之地辦理採購業務，由廠商於其場所提供與一般工作人員同等之食宿；或於交通不便之地辦理採購業務，須使用廠商提供之交通工具等等。我國法制對於辦理政府採購人員之規範，可謂清晰而明確，保護法益之核心理念與落實規制具體之作為，並無偏漏，是為政府採購人員執行職務之重要準據。而關於公務員職務上行為、違背職務上行為之態樣，刑法上之賄賂罪所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為；所謂違背職務之行為，係指在其職務範圍內不應為而為，或應為而不為，或不正當為之，而與其職務上之義務責任有所違背者而言。而「職務」係指職權事務之意，公務員於任職期內，皆有一定範圍之職掌事務，而本此職掌事務即有其處理之職權與職能，此職權事務之取得究係直接出於法令規定，抑或上級主管長官之授權分配，究係永久性或臨時暫兼辦性質，並非所問，更不以最後有決定之職權為限，亦不以職務本體為必要，只要關涉其職務之事項即為已足。又我國司法實務對於賄賂與不正利益，已有明確之辨別，受賄罪之客體，一為賄賂，二為不正利益，所謂賄賂，指金錢或可以金錢計算之財物而言；所謂不正利益，指賄賂以外足以供人需要或滿足慾望之一切有形無形利益而言。原判決犯罪事實甲-2、甲-3、甲-4、甲-5；乙-2、乙-3；丙-1、丙-2、丙-5、丙-6；丁-1、丁-4、丁-7；戊；己-2、己-3等各所載之至有女陪侍之酒店飲酒（喝花酒），或召女陪侍之飲酒作樂（喝花酒），或招待半套性交易、全套性交易，或提



供無償使用名貴車輛之利益等，俱屬上開所指足以供人需要或滿足慾望之一切有形無形利益，而屬於不正利益之範疇。又公務員對於違背職務上之行爲或對於職務上行爲，收受賄賂或不正利益罪之成立，以其收受之財物或不正利益，與公務員職務範圍內踐履賄求之特定行爲或違背其職務或爲其職務上之行爲，是否有對價關係爲必要。而是否具有相當對價關係，應就職務行爲之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、贈與之時間等客觀情形加以審酌，如公務員就其職務範圍內，允諾踐履賄求對象之特定行爲，雙方相互之間具有對價關係，縱假借餽贈、酬謝、諮詢顧問費或政治獻金等各種名義之變相給付，亦難謂與職務無關而無對價關係，且究係事前抑或事後給付，以及該公務員事後是否確已踐履該項職務上之特定行爲，俱非所問。準此，交付者本於「對於公務員違背職務上之行爲或對於職務上行爲」而交付不正利益之意思，以交付不正利益買通公務員，冀求對於職務範圍內踐履或消極不執行賄求對象之特定行爲，而公務員有職務上之行爲存在，明知交付者係對於其「違背職務或爲職務上行爲」，冀求對於職務範圍內踐履或消極不執行賄求對象之特定行爲而交付不正利益，明示或默許允爲於其職務範圍內踐履或消極不執行冀求之違背職務或職務上之行爲，進而收受交付者交付之不正利益，其收受不正利益與其允爲於其職務範圍內踐履或消極不執行賄求之特定行爲間，應認爲具有對價關係。亦即公務員對於違背其職務或爲職務上之行爲收受不正利益，交付者冀求公務員對於職務範圍內踐履或消極不執行賄求對象之特定行爲而交付不正利益，與公務員收受交付者所交付之不正利益，允爲其職務範圍內踐履或消極不執行冀求之違背職務或職務上之行爲，彼此已達成意思之合致者，即足以構成本罪，不以公務員果真爲職務範圍內踐履或消極不執行行賄者冀求之違背職務或職務上之行爲爲必要。原判決就李奕、曾建國、張進財、鄭文忠、胡佑良、蘇義宗有如其犯罪事實欄所載對於職務上行爲收受不正利益之犯行，及張進財、鍾朝雄另有如其犯罪事實欄所載對於違背職務之行爲收受不正利益之犯行，暨林春松並非公務員，而有如其犯罪事實欄所載對於公務員違背職務之行爲交付不正利益之犯行，已分別按各個犯罪事實（依序即原判決〈

下冊〉附件一之甲類犯罪事實：編號甲-2、甲-3、甲-4、甲-5；乙類犯罪事實：編號乙-2、乙-3；丙類犯罪事實：編號丙-1、丙-2、丙-5、丙-6；丁類犯罪事實：編號丁-1、丁-4、丁-7；戊類犯罪事實；己類犯罪事實：編號己-2、己-3），論述其所憑證據及理由甚詳（見原判決〈上冊〉第45至495頁、〈下冊〉附表三至附表十三）。核其論斷，有卷存事證足憑，並無認定事實未憑證據之情形，無違經驗、論理等證據法則，適用法律亦無違誤，經核於法尚無不合。並無上訴人等8人上訴意旨所指採證違法、調查未盡或理由欠備、矛盾等違法情形。上訴意旨置原判決明確之論斷於不顧，猶執其不為原審所採信之同一主張及辯解，再事爭論，並任憑己意，漫事指摘原判決採證認事及適用法令不當，均非適法上訴第三審之理由。

- 五、原判決理由另說明：刑事訴訟法第158條之3規定：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據。」所謂「依法應具結而未具結者」，係指檢察官或法官以證人身分訊問被告以外之人時，自應依同法第186條有關具結之規定，命證人供前或供後具結，其陳述始有證據能力。若檢察官或法官非以證人身分訊問，其身分既非證人，即與「依法應具結」之要件不合，縱未命其具結，純屬檢察官或法官調查證據職權之適法行使，當無違法可言。此等未經具結之陳述筆錄，係屬被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，本質上屬於傳聞證據，應於判決內敘明符合傳聞證據例外之理由；復按被告以外之人於偵查中，經檢察官非以證人身分傳喚，於取證時，除在法律上有不得令其具結之情形者外，亦應依人證之程序命其具結，方得作為證據，此於本院93年台上字第6578號判例已就「被害人」部分，為原則性闡釋，是告訴人於偵查中經檢察官訊問未經具結所為之陳述，因欠缺「具結」，難認檢察官已恪遵法律程序規範，而與刑事訴訟法第159條之1第2項之規定有間；惟是類被害人、共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有「特信性」、「必要性」時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢

等之陳述，顯然失衡。因此，被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「特信性」、「必要性」時，依「舉輕以明重」原則，本於同法第159條之2、第159條之3之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨（本院102 年度第13次刑事庭會議決議意旨〈一〉參照）。查曾建國、張進財於檢察官訊問時所為之陳述，係以共同被告之身分應訊，而非以證人之身分應訊，自無依法應具結之問題；曾建國、張進財於偵查中所為之陳述，具有「特信性」、「必要性」，自得為證據等旨甚詳（見原判決第87至89頁）。李奕上訴意旨主張縱令其於原審未爭執曾建國、張進財偵查中及曾建國於第一審羈押訊問時陳述之證據能力，因此部分陳述未經具結仍應絕對排除不得採為李奕犯罪事實甲-4之證據云云，要屬誤解。又李奕及其辯護人於原審既未爭執上開供述之證據能力，原判決未贅為說明如何具有「特信性」、「必要性」，並無違法。另原判決採信行賄之陳建志（業經原審判決確定）與色情業者吳芳峻之電話通訊監察錄音紀錄及其譯文（見原判決第103頁第27列至第105頁第15列），作為認定李奕犯罪事實甲-4之證據，此係依據本案101年聲監續字第000518 號臺灣臺中地方法院通訊監察書執行通訊監察獲得之資料（通訊監察書見第一審通訊監察書卷第71至73頁，譯文見他字卷八第454至455頁），並播放確認後製作陳建志於法務部調查局臺中市調查處調查筆錄及檢察官訊問筆錄（見他字卷九第213頁背面至214頁、他字卷十二第4至5頁），且經原審審判長於審判期日當庭提示上開通訊監察譯文並告以要旨，李奕及其選任辯護人均答稱沒有意見（見原審1838號卷十一第65頁），是李奕上訴意旨另爭執上開通訊監察譯文無證據能力云云，亦無足取。至於原判決所引據之非供述證據即書證、物證部分，本不生供述證據始有之傳聞法則之問題，且該等物證之型態並未改變，李奕及其辯護人於原審復均未主張該等物證之取得過程有何違背法定程序之情事，原判決未對此等證據之證據適格，另為不必要之載述，亦無違法可言。李奕上訴意旨就此爭執，仍非上訴第三審之合法理由。此外，原判決並已說明本件所引用作為上訴人等8 人犯罪證據資料之供述證據、書證、物證等其他證據資料，何以具有證

據能力之旨，亦無採證違法、適用證據法則不當或判決理由欠備之違誤情形。

- 六、刑法第57條所列科刑審酌情狀之事項，諸如犯罪行為人之生活狀況、品行、犯罪時所受之刺激、犯罪後態度等，以自由證明為已足，科刑資料調查之方法如何，法無明文，自無須如調查犯罪事實般必須經過嚴格之證明。本件原審審理時，業已就張進財之前案紀錄表（見原審1838號卷十一第181 頁背面），與科刑範圍（見原審1838號卷十二第163 頁）等提示調查，由張進財及其辯護人分別表示意見，其餘各項犯罪之動機、情狀等足供科刑審查之資料，亦散見張進財相關供述及卷證中，原審就此科刑裁量事項之認定，與卷存證據既無不合，尤無就此任意爭執其調查程序違法之餘地。
- 七、上訴人等8 人其餘上訴意旨或未依卷內證據資料，具體指摘原判決如何違背法令，或置原判決之論述於不顧，仍執陳詞再事爭辯，或對原審採證認事及量刑職權之適法行使及枝節事項，憑持己見，任意指摘，難謂已符合法定第三審之上訴要件。本件上訴均違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 31 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 沈 揚 仁

法官 吳 進 發

法官 梁 宏 哲

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 2 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3369

【裁判日期】1071025

【裁判案由】家暴傷害致人於死等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3369號

上訴人 李○治

選任辯護人 林彥百律師

上訴人 陳○芝

上列上訴人等因家暴傷害致人於死等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國107年7月5日第二審判決（107年度上訴字第208號；起訴案號：臺灣雲林地方檢察署106年度偵字第424 號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於李○治成年人故意對兒童犯傷害致人於死，及陳○芝成年人故意對兒童犯遺棄致人於死部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷（即原判決犯罪事實欄三關於上訴人李○治成年人故意對兒童犯傷害致人於死，及上訴人陳○芝成年人故意對兒童犯遺棄致人於死）部分：

一、本件原判決此部分事實認定李○治、陳○芝分別有其犯罪事實欄三所載，對親子即兒童李○凱（民國95年2 月生，基本資料詳卷）犯傷害致人於死、遺棄致人於死罪行，因而維持第一審論處李○治成年人故意對兒童犯傷害致人於死罪刑（處有期徒刑10年），及陳○芝成年人故意對兒童犯（違背義務）遺棄致人於死罪刑（處有期徒刑7年6月）之判決，駁回檢察官及李○治、陳○芝在第二審此部分之上訴。固非無見。

二、惟查：

（一）犯罪行為內容不一，各有其特殊性，此項特殊事實，僅參與犯罪之人所得體驗，即學說上所稱行為之秘密性。而被告之所以任意自白犯罪，其動機有出於自責悔悟者，有因心生畏怖或圖邀寬典者，亦有蓄意頂替或別有企圖者，故如要判定

被告自白之真偽，不僅應查證其自白內容，是否已暴露行為之秘密性，有無其他補強證據，更應詳察其自白之動機、取得自白之過程等情況，始足以發現真實。

本件原判決雖認定李○治已於歷審中自白上開故意對兒童犯傷害致人於死罪行，惟李○治於第一審中，曾供稱：我（祇）毆打李○凱的屁股及手腳而已等語（見第一審卷一第53、125 頁）；於原審中，亦供稱：一開始會認罪，是因為有打小孩（指李○凱），但我不知道這樣做，李○凱會死亡；我並沒有傷害致死，我會承認傷害致死，那是我的法扶律師「律見」我的時候，問我要不要認（罪），並說我太太已經認（罪）了，就算我不認（罪），我也跑不掉，事實上，我並沒有用木棍打小孩（指李○凱），李○凱過世時，身上是沒有傷痕的等語（見原審卷第103、322 頁）。似見李○治於歷審中，並非毫無爭執其自白之真實性；再參諸李○治於警詢及偵查中，一再否認有傷害李○凱致死犯行，則李○治是否完全自白此部分犯行，容非無疑。究竟李○治為上開自白，出自如何之動機？是由於外部之刺激，抑內部心理過程之發展？被告任意自白前、後及自白時之態度暨當時之情況，又是如何？以上諸端，對於判定被告自白之真實性，至有影響，且於公平正義之維護具重要之關係，原審未詳為查證剖析明白，尚非允洽。

(二)刑事訴訟法第156條第2項規定：被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。其立法旨意乃在防範被告自白之虛擬致與真實不符，故對自白在證據上之價值加以限制，明定須藉補強證據以擔保其真實性。而所謂補強證據，係指除該自白本身之外，其他足以證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，雖所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因補強證據之質量，與自白之相互利用，足使犯罪事實獲得確信者，始足當之。

原判決認定李○治傷害李○凱致死之犯行，係以李○治上開自白，核與李○來（按係李○治之父，因共同犯遺棄屍體罪，業經第一審判刑確定）、陳○芝、邱○屏（按係李○治之母）、李○好（按係上訴人等之女）之證述「大致相合」，復有李○凱之失蹤人口系統－資料報表、李○凱全戶戶籍資

料（完整姓名）查詢結果、李氏父子一致指證遺棄李○凱屍體現場照片、Google地圖，暨內政部警政署刑事警察局鑑定書（按係李○治所稱李○凱跌下樓梯乙情，經測謊鑑定呈不實反應）等證據佐證（見原判決第12頁），然原判決所採李○來、陳○芝、邱○屏、李○好等人有關此部分之證述內容，究竟如何，未見敘明，而觀諸卷附其等於警詢、偵查或第一審之證述，似僅證稱李○治於「案發前」，常有毆打李○凱之事實（見警卷第21、22、28至30、37、40頁背面；105年度他字第1438號卷第55至57、64背面、91至93、145頁；105年度他字第1439號卷第45、46、53頁；106年度偵字第424號卷第74、75、88至90頁；第一審卷一第196頁、卷二第29、46頁），則究竟其等上開證述，與李○治涉犯此傷害致死犯行，有如何之關聯，及與李○治之自白如何為相互利用，足使李○治此部分傷害致死犯行獲得確信，亦未置一詞，徒以泛稱兩者「大致相合」，猶欠妥適；至於其餘上開書面證據部分，似僅足證明李○凱失蹤、死亡，及李○治所辯李○凱跌下樓梯乙節不實等情，能否逕謂與李○治之傷害致死犯行，具有相當因果關係存在？亦非無疑，既欠詳細說明，自難昭折服。

(三)事實認定與理由說明不相一致，或事實、理由欄內的記載前後齟齬，或認定的事實與所採的證據不相適合，或認定事實與卷證資料不符，均屬判決理由矛盾的當然違背法令。

原判決犯罪事實欄三內，雖認定「…李○治又飲酒致情緒不穩，其於客觀上可以預見頭部為人體中，極為脆弱及重要部位，若以手『猛力推打』稚齡兒童，可能使之重心不穩致頭部跌撞地面，或因『外力』因素，導致兒童顱內腦組織等器官受創而生死之結果，惟因一時失慮，在主觀上疏未預見該結果之發生，竟基於傷害之犯意，徒手毆打李○凱臉部，再拿木棍毆打李○凱大腿、小腿、腳底等部位，導致李○凱成傷而無法行走，但李○治僅以棉被鋪在屋內電腦房之地板上，任由李○凱在該地板上躺臥休息約5至7天左右，直至李○凱傷重不治死亡。」（見原判決第2頁倒數第5行至第3頁第7行）。惟李○治徒手毆打李○凱臉部，及持木棍毆打李○凱大腿、小腿、腳底等部位乙情，尚與以手「猛力推打」稚齡兒童，可能使之重心不穩，致頭部跌撞地面，或因「外

力」因素，導致兒童顱內腦組織等器官受創乙節，似不完全相同；而原判決理由欄貳—二—(三)—4.②內，另更說明：「參以幼童主要營養支配大腦之椎骨動脈位於椎骨旁，而幼童頸椎甚為脆弱，若有大人摑掌極易造成頸椎過度旋轉導致椎骨動脈破裂，可導致顱內出血之結果之客觀情狀，李○治為一成年人，應知悉幼童身體極微（為）脆弱，難以忍受大人用力之毆打，且如非遭李○治毆打，被害兒童李○凱亦不會死亡」等旨（見原判決第14頁倒數第3至8行）），似亦與上揭犯罪事實欄所認定的客觀情狀不合，則原判決此部分事實認定、理由說明，尚嫌齟齬，致存有判決理由矛盾的違誤。

(四)按刑法第277 條第2 項之傷害致人於死罪及第294條第2項之（違背義務）遺棄致人於死罪，均以行為人之傷害行為或遺棄行為與被害人之死亡結果間，是否具有相當因果關係為斷。所謂相當之因果關係，係就事後客觀予以審查，認為被害人之死亡，確因行為人之傷害或遺棄行為所引起，足以發生此項結果而言。傷害行為後，因果關係進行中，若被害人所受傷害，原不足引起死亡之結果，而係因其後之遺棄行為，獨立發生死亡之結果者，則被害人之死亡與加害者傷害之行為間，並無相當因果關係存在，自難令負傷害人致死之罪責，而應依實際情形，論以傷害與遺棄致人於死等罪；倘被害人之傷勢嚴重，足以獨立為其死亡原因者，雖有遺棄行為，但因被害人之死亡與遺棄行為間，猶無相當因果關係可言，自無以遺棄致人於死罪責相繩餘地。故而，被害人之死亡，究竟與傷害行為或遺棄行為，是否具有相當因果關係，自應予詳加釐清。

依原判決上開事實及理由之認定，似認李○治之傷害行為，及陳○芝之遺棄行為，分別與李○凱之死亡間，均具有相當因果關係，但原判決既僅認定李○治係單純徒手毆打（掌摑）李○凱之臉部及以木棍毆打大腿、小腿、腳底等部位，並未敘及毆打之次數及力道，客觀以言，如此是否足以發生李○凱死亡之結果，已非無疑。何況，原判決認定李○凱係於遭李○治傷害之後，大約5 至7 天始死亡，則李○治此部分之傷害，是否確與李○凱之死亡間，具有相當因果關係，自宜再加釐清。

又原判決認定陳○芝因恐懼如將李○凱送醫救治，勢將暴露



其與李○治通緝犯之身分，竟基於遺棄無自救能力之李○凱之犯意，既不撥打「119」電話求援，亦未將李○凱送醫救治或為其他生存所必要之其他扶助、保護行為，任由李○凱躺臥休息5至7天，致日漸傷重虛弱而死亡等旨（見原判決第3頁）。惟李○治辯稱：李○凱於案發前受傷、躺臥家中期間，其有買藥治療，亦有餵食李○凱（見106年度偵字第424號卷第101、103頁）；陳○芝亦謂：我有於上揭期間，餵食李○凱（見同上偵卷第89頁）；李○好證稱：案發前幾天，李○凱被李○治打到不能走路，但還能說話、吃飯（見警卷第37頁；105年度他字第1439號卷第45、46頁）各等語，如果無訛，李○治、陳○芝似非毫無任何救治或養育、保護行為，則李○凱於上揭受傷躺臥期間，李○治、陳○芝究竟有何具體作為？當有再行研求餘地。而此實情如何？攸關陳○芝是否構成違背義務之遺棄罪？似非不得再傳訊當時同住之李○來（雖因自發性腦幹出血合併腦室出血，但意識尚清楚，見第一審判決第24頁）、李○好詳查、釐清；另陳○芝多次供稱：李○凱從小常遭李○治毆打，案發前更是頻繁被打，致李○凱躺臥家中（見警卷第21、22、28至30頁；105年度他字第1438號卷第55至57、91至93頁；同上偵卷第88至90頁；第一審卷一第196頁）；李○來、李○好均證稱：李○凱於案發前幾天，遭李○治毆打，致無法正常行走（見105年度他字第1438號卷第145頁；警卷第37頁）；李○好甚至指稱：李○治常常毆打李○凱成傷，案發前幾天，李○凱被李○治打到不能走路（見警卷第37頁；105年度他字第1439號卷第45、46頁）；邱○屏亦謂：李○治常常毆打李○凱（見警卷第40頁背面；同上偵卷第74、75頁）各等語，原判決亦認定李○凱自幼發展較為遲緩，不受喜愛，時遭李○治毆打體罰（見原判決第2頁），則李○凱因此所受傷勢，似不排除已嚴重到足以獨立為其死亡原因；陳○芝甚至懷疑李○凱是被李○治毆打致死的（見警卷第28頁背面；105年度他字第1438號卷第55頁）；李○好亦證稱：…早上我看他（指李○凱）還「好好的」，但後來就沒看到他了，他不知道什麼時候被裝進去黑色塑膠袋（見105年度他字第1439號卷第46頁）各等語，倘若如此，陳○芝是否仍能構成遺棄致人於死罪，似非無疑。而由於本件並未尋獲李○凱之屍骸，已

無法自此查明李○凱致死原因，自宜詳加究明卷附各種情況證據，予以綜合判斷。原審就此並未詳查、根究明白，遽行判決，不無調查未盡及理由欠備之瑕疵。

以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。原判決此部分違背法令影響事實之確定，本院無可據以為裁判，應將原判決此部分撤銷，發回原審法院更為審判。

貳、上訴駁回（即關於陳○芝、李○治遺棄屍體、行使偽造私文書）部分：

一、陳○芝部分：

（一）按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

（二）陳○芝此部分上訴意旨略稱：

1. 關於原判決犯罪事實欄二認定我參與遺棄陳○文（97年7月生，基本資料詳卷）屍體部分：

李○治對於我有無參與掩埋陳○文屍體乙節，前後供述矛盾，且皆係編撰之詞，核與事實不符，並非可採；而李○治於其羈押期間，仍不時寫信給我，要脅我寄錢到監所，否則將對我為不利之供述，可見李○治不可能為對我有利之供述，但原審卻以李○治在審理中曾為對我較有利的供述，而採信其供詞，實屬荒謬；我既聲請對其測謊，但原審卻否准，顯有應調查之證據未予調查之違誤。

2. 我於105年11月15日警詢時，自白原判決犯罪事實欄一、二所載遺棄親子女陳○恩（96年3月生，基本資料詳卷）及陳○文屍體犯行乙情，對犯案經過供述詳細，有助釐清本案；雖然邱○屏於同年、月6日之供述，亦有觸及此部分案情，但是否因此影響我自首的適用，應有再加說明或調查之必要。原審卻逕為不利於我的認定，殊欠妥適。

3. 關於原判決犯罪事實欄四行使偽造私文書部分：

原審既認定我是自首，且案發當日，係由李○治填寫所有資料，之後，我才「被動」應（婦安婦產科）診所要求蓋指印

。相較於李○治，係「主動」以其前妻身分填寫資料、也無自首適用，可見我的犯罪情節，顯然猶輕。原審既判處李○治有期徒刑5月，卻宣處我4月，自有失當。

(三)經查：

1.證據的取捨、證明力的判斷與事實的認定，都屬事實審法院自由裁量判斷的職權，此項職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則或論理法則，即無違法可言，觀諸刑事訴訟法第155條第1項規定甚明，自無由當事人任憑己意，指摘為違法，而執為上訴第三審合法理由之餘地。又法院認定事實，並不悉以直接證據為必要，其綜合各項調查所得的直接、間接證據，本於合理的推論而為判斷，要非法所不許。而供述證據雖然先後不一或彼此齟齬，究竟何者為可採，事實審法院非不可本於經驗法則，斟酌其他情形，作合理的比較，定其取捨，若其基本事實的陳述與真實性無礙時，仍非不得予以採信，非謂一有不符或矛盾，即認其全部均為不可採信。至於同法第379 條第10款所謂應於審判期日調查之證據，係指與待證事實具有重要關係，在客觀上認有調查之必要性，且有調查的可能性，為認定事實、適用法律的基礎者而言，若事實已臻明確，或調查途徑已窮，自毋庸為其他無益的調查，亦無未盡調查證據職責之違法可言。

(1)原判決犯罪事實欄二關於陳○芝共同犯遺棄陳○文屍體罪部分，主要係依憑：陳○芝坦承知悉並同意李○治於陳○文死亡數日後，始掩埋屍體於住屋後方附近的部分自白；李○治於偵查及第一審中，一再證稱：陳○芝確有參與掩埋陳○文屍體等語的證言；復有卷附陳○文全戶戶籍資料（完整姓名）查詢結果；開挖現場照片、勘（相）驗筆錄等證據資料，乃認定陳○芝確有如原判決犯罪事實欄二所載犯行，因而維持第一審論處陳○芝共同犯刑法第247條第1項之遺棄屍體罪刑之判決，駁回陳○芝此部分之第二審上訴。

(2)原判決對於陳○芝否認此部分犯罪，所為略如上揭第三審上訴意旨的辯解，如何係飾卸之詞，不足採信，亦據卷內訴訟資料詳加指駁、說明。並指出：

①衡諸李○治於第一審中，就陳○芝為家庭付出，身兼多份工作乙情，毫未掩飾，核與陳○芝所述相符（可見並未怨恨陳○芝），既對於陳○芝如何參與掩埋陳○文之分工方式，清

楚交代其中不符偵查中所言者，更稱陳○芝僅參與把風，犯罪情節較輕，且就其他犯罪事實之證述，如有錯誤之處，亦主動修正交代陳○芝參與之情況，可見其審理中所供，均屬有利於陳○芝，無所謂案發後已勞燕分飛，竟刻意為不利陳○芝的證言情形存在。

- ②觀諸卷附李○治寄給陳○芝之書信，純係抱怨李○治另案所涉前臺灣板橋地方法院（已更名為臺灣新北地方法院）96年度訴字第2836號偽造文書案件，推由李○治（單獨）扛起全部罪責而已，雖有提及李○治之父母，亦因本案而遭受歧視眼光乙情，然未見有威脅其將於本案，故為陳○芝不利證述之語意，自不足憑為有利於陳○芝認定之依據。

以上所為的事實認定及得心證理由，都有各項證據資料在案可稽，既係綜合調查所得之各項直接、間接證據而為合理推論，自形式上觀察，並無違背客觀存在的經驗法則或論理法則，且事證已臻明確。陳○芝此部分上訴意旨，係置原判決已明白論斷的事項於不顧，就屬原審採證、認事職權的適法行使，任憑主觀，異持評價，妄指違法，且猶執陳詞，而為單純的事實爭議，不能認為適法的第三審上訴理由。

2. 刑法第62條關於自首規定中，所謂發覺，並非以有調、偵查犯罪之機關或人員，知悉所涉人員確實犯罪無誤為必要，亦即祇要對其有所嫌疑時，即得謂為已經發覺；又自首以對於未發覺之罪投案而受裁判為要件，如案已遭發覺，則被告縱於嗣後，陳述自己犯罪的事實，僅屬自白，不能認係自首。原判決已敘明：就犯罪事實欄一及二部分，邱○屏於105年11月6日警詢時，證稱：我知道李○治與陳○芝的子女有李○好、李○凱、陳○恩，隔一年還有生1個女兒，但當時還沒有取名字，所以我不知道叫什麼，我只知道有4個，除了李○好之外，其他3名小孩都已往生了…陳○恩及小他一年出生的女孩確實已往生了，現在戶籍內的兩個孩子，應該是李○治及陳○芝後來又生的小孩，卻以陳○恩及陳○文的身分轉嫁生存，替換身分…我看到○恩冰冷的屍體，李○治說不要報警，與陳○芝一起將陳○恩的屍體裝在旅行袋內，丟棄在青山路青年公園山上附近的大石頭附近…另位比陳○恩晚一年出生的女孩亦已往生，陳○芝先騙我說「去外公家玩」，後來，李○治才坦承該小女兒「不慎被棉被悶死」等語

。足認警方從邱○屏之證述，已合理懷疑陳○恩、陳○文已死亡、遭棄屍，陳○芝隱匿不說。而陳○芝係於同年、月15日經警詢問時，方坦承陳○恩、陳○文已過世，不符合自首要件等旨。經核於法並無不合。陳○芝此部分上訴意旨，顯非確實依據卷內訴訟資料而為指摘。

- 3.關於刑的量定，係實體法上賦予法院得為自由裁量的事項，倘於科刑時，已以行為人的責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款事項，並未逾越法定刑度或濫用其權限，即不得任意指摘為違法，資為合法第三審上訴的理由。

原審認第一審就陳○芝行使偽造私文書部分量刑時，已審酌陳○芝於本案之犯罪情節中之作為及角色、犯後態度（含自首）、智識程度、家庭及經濟狀況等各情，維持第一審在法定刑（行使偽造私文書罪，法定本刑係「處5 年以下有期徒刑」，適用刑法第62條前段自首規定減輕其刑）範圍內，擇定宣處有期徒刑4 月（得易科罰金），駁回陳○芝此部分第二審上訴。客觀以言，經核既在法定刑範圍之內，又未濫用自由裁量的權限，自無違法可指。此部分上訴意旨，就原審量刑裁量權的適法行使，依憑主觀，任意指摘，並非適法的第三審上訴理由。

- (四)綜上所述，應認本件陳○芝此部分上訴，為不合法律上之程式，予以駁回。

## 二、李○治部分：

- (一)按上訴得對判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348條第1項定有明文；又第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由；其未敘述者，得於提起上訴後10日內補提理由書於原審法院；其已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，同法第382條第1項、第395條後段亦規定甚明。

- (二)經查：

李○治不服原判決，提起本件上訴，其上訴狀並未聲明為一部上訴，則對原判決犯罪事實欄一、二、三之遺棄屍體罪及犯罪事實欄四之行使偽造私文書罪部分，自應視為已提起上訴。然稽諸其上訴狀，對上揭部分竟未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，其就此部分之上訴，自非合法，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條、第395 條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 25 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 洪 昌 宏

法官 吳 信 銘

法官 許 錦 印

法官 李 欽 任

法官 王 國 棟

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 11 月 1 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3407

【裁判日期】1071031

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3407號

上訴人 林秋合

選任辯護人 許哲嘉律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國106年12月21日第二審判決（106年度上訴字第720號，起訴案號：臺灣雲林地方檢察署105年度偵字第5567號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於如其附表三編號2、3所示之林秋合販賣第一級毒品予蔡木、黃清池部分撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

### 理 由

一、本件原判決認定：上訴人林秋合明知海洛因係毒品危害防制條例第2條第2項第1款所列的第一級毒品，不得販賣、持有，竟意圖營利，基於販賣海洛因之犯意，以門號0000000000行動電話作為聯絡工具，於民國105年5月13日上午10時23分至38分間某時，在雲林縣莿桐鄉中山路某「7-11便利商店」，及同年月15日中午12時50分後不久，在同鄉「大將工業區」門口，分別以新臺幣（下同）2千元及1千元的價格，販賣海洛因1小包予蔡木、黃清池各1次之犯行，因而維持第一審關於此部分論處上訴人犯販賣第一級毒品2罪刑（均依刑法第59條規定酌減其刑，分別宣處有期徒刑15年1月、15年）部分之判決，駁回檢察官及上訴人關於此部分之第二審上訴（上訴人被訴如原判決附表三編號1、4部分，皆已判決無罪確定）。固非無見。

二、惟查：

（一）、憲法第12條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。國家採取限制手段時，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保護人民秘密

通訊自由之意旨（司法院釋字第631 號解釋參照）。我國因此就通訊監察及通訊紀錄等事項，特制定通訊保障及監察法（下稱通保法）以爲規範。又通保法的立法目的，依該法第1 條規定，係爲保障人民秘密通訊及隱私權不受非法侵害，並確保國家安全，維護社會秩序而制定。但爲落實人權保障，該法於96年6月15日修正時，增訂第5條第4項、第5項，規定：「執行機關應於執行監聽期間，至少作成一次以上之報告書，說明監聽行爲之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」「違反本條規定進行監聽行爲情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採爲證據。」使執行機關應擔負於通訊監察期間，提出報告之義務，若發現無通訊監察之必要時，得由法院撤銷通訊監察書，儘早停止通訊監察，以維人權，並明定違反該條之相關規定，所執行監聽取得之證據，應予排除（見該條項修正立法理由），且於同年7月11日公布，並自公布後5個月施行；嗣爲更嚴厲防止濫權監聽、浮濫申請、草率核准通訊監察等情形，俾進一步確實保障人權，復於103年1月14日，將該法第5條第4項、第5 項修正爲：「執行機關應於執行監聽期間內，每十五日至少作成一次以上之報告書，說明監聽行爲之進行情形，以及有無繼續執行監聽之需要。檢察官或核發通訊監察書之法官並得隨時命執行機關提出報告。法官依據經驗法則、論理法則自由心證判斷後，發現有不應繼續執行監聽之情狀時，應撤銷原核發之通訊監察書。」「通訊監察書之聲請，應以單一監察對象爲限，同一偵、他字或相牽連案件，得同時聲請數張通訊監察書。」另增訂第18條之1，該條第3 項復規定：「違反第五條、第六條或第七條規定進行監聽行爲所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採爲證據或其他用途，並依第十七條第二項規定予以銷燬。」嗣於同年月29日公布，並自公布後5 個月施行。此項證據排除規定，既無但書或附加例外，又未授權法院作個案判斷其違法情節是否重大，顯然立法者係有意採取更爲嚴格的态度，以釜底抽薪方式，抑制不法調查作爲，將違反上開規定進行監聽所取得之證據，悉予排



除；且經核此性質，即為刑事訴訟法第158條之4所稱「法律另有規定」的情形，自應優先適用。

原判決既認本件執行監聽的機關即雲林縣警察局刑事警察大隊，於報請臺灣雲林地方檢察署檢察官檢具相關資料，向第一審法院聲請對上訴人持用之門號0000000000、0000000000行動電話實施通訊監察，經該法院審酌後，認有事實足認上訴人涉犯販賣毒品罪嫌，並危害國家安全、經濟秩序或社會秩序，且情節重大而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，難以其他方法蒐集或調查證據，乃依通保法第5條第1項第1款規定，核發本件通訊監察書，監察期間自105年5月13日10時起，至同年6月11日10時止。但前開執行監聽機關嗣卻未依同法第5條第4項規定，於其執行監聽期間內，每15日至少作成一次以上之報告書，說明監聽行為之進行情形，及有無繼續執行監聽之需要等情（見原判決第2頁第10行至第3頁第2行）。如果無訛，則依同法第18條之1第3項規定，該監聽行為所取得的內容或所衍生的證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並應依同法第17條第2項規定予以銷燬。乃原判決理由卻謂：該執行監聽機關於開始監聽未逾15日內取得之監聽資料，並無瑕疵，亦即尚無違反同法第5條第4項規定的情形，自得採為證據，故本件檢察官提出上訴人所持用門號0000000000行動電話的同年5月13日至15日通訊監察譯文，應有證據能力云云，似難認於法無違。

- (二)、刑事訴訟法採嚴謹證據法則，被告受無罪推定保障，法院認定犯罪事實，應依憑證據予以嚴格證明，檢察官身為偵查主體，負有實質舉證責任，觀諸該法第154條第1項、第2項及第161條第1項規定甚明。而刑事被告，一旦遭認罪科刑確定，財產、自由甚或生命將被剝奪，不但自身關係重大，也會影響其相關家人或親戚、朋友的生活，豈能輕率、大意，故同法第2條第1項規定：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」雖屬訓示規定，然藉此開宗明義，不啻耳提面命，實用心良苦。又對向犯（對立性正犯）、被害人、告訴人等與被告立場（利害）相反者，在本質上存有較大的虛偽危險性，基於實務經驗累積，唯恐此等人員的陳述可能失真，乃發展出認為仍應

有補強證據，以佐證其供述憑信性之必要性，學理上稱為超法規補強法則。

以販賣毒品案件為例，無論何級毒品，一旦成立，罪責皆重，然則實務上偶見卷內毫無販售之一方必需的毒品、常見的價金、常備的磅秤、分裝杓、袋工具，甚或帳冊（單）等非供述證據扣案，倘若被告始終堅決否認犯行，無何自白，而唯一的供述證據，竟係交易買方之指述；衡諸毒品危害防制條例第17條第1項定有毒品下游供出其上游來源，因而查獲其他正犯或共犯，可享減免罪責之優遇規定，可見於此情況下，上、下游之間，存有緊張、對立的利害關係，該毒品下游之買方所供，是否確實可信，當須有補強證據，予以參佐；其竟若無，警察機關不再佈線以「釣魚」偵查方式翔實蒐證，即遽行移、報檢察機關，而檢察官逕行提起公訴，法院亦未詳查審認，就論處被告販賣毒品之重罪刑，如此，無罪推定原則、證據裁判主義、嚴謹證據法則，是否確有落實？其與有罪推定何異？是警察機關僅將唯一之買方指述，作為證據資料，移請查辦賣方販賣毒品，而在無被告自白或其他供述、非供述證據，足以補強、佐證之情況下，即已可致所謂的賣方，受到重刑之宣告，則人權保障或精密、核心偵查，都祇是理論、不切實際，被告不願甘服，自是當然。

原判決認定上訴人有前揭販賣海洛因予蔡木、黃清池之犯行，無非係依憑蔡木、黃清池於偵查時之證述，及卷附蔡木持用之門號0000000000行動電話、黃清池持用之門號0000000088行動電話分別於105年5月13日及15日，與上訴人持用之門號0000000000行動電話的通訊監察譯文（下稱本案通訊譯文），為其論據。

然稽諸卷內資料，上訴人雖坦承有於前開時間，以上述門號行動電話，分別與蔡木、黃清池聯繫，惟始終否認有前揭販賣海洛因之犯行，辯稱：我是與蔡木、黃清池相約合買海洛因等語；而證人蔡木於偵查時，雖指稱：我有於105年5月13日10時23分至38分，以前開行動電話與上訴人通話後，2人就約在荊桐鄉中山路某「7-11（統一超商）」門口，我以2千元向上訴人購買海洛因1包，因為當時我帶的錢不夠，所以只給1千元，尚欠1千元，後於隔日在同一地點償還上訴人云云，但嗣在第一審中，卻先稱：我於同年月13日有見到上

訴人，上訴人並給我海洛因1 小包，但沒有收錢等言，隨後又改稱：我當日未與上訴人碰面等詞，前後不一；另證人黃清池於偵查時，固陳稱：我於同年月15日下午12時36分及50分與上訴人通話後，2 人約在荊桐鄉「大將工業區」門口，我向上訴人購買海洛因1包1千元，是一手交錢一手交貨云云，但在第一審中，則原稱：我是請上訴人幫忙拿毒品，嗣又翻稱：我已忘記是請上訴人幫忙買毒品或向上訴人購買毒品各等言，先後陳述兩歧，是蔡木、黃清池之證述，均有瑕疵可指；另卷存本案通訊譯文，依上所述，似不得採為論罪依據。則本件究竟尚有無其他事證，足資佐證上訴人確有如蔡木、黃清池於偵查時所指之前揭犯行？仍待研求，原審未進一步究明，並詳敘所憑之依據，遽行判決，尚難昭折服。

(三)、上訴意旨，指摘原判決不當，非無理由，且原判決關於此部分認定之事實既尚欠明確，本院無從為其法律適用是否適當之判斷，應認原判決關於此部分，有撤銷發回更審的原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 31 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官	洪	昌	宏
法官	許	錦	印
法官	李	欽	任
法官	王	國	棟
法官	吳	信	銘

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 107 年 11 月 1 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3430

【裁判日期】1071031

【裁判案由】違反食品安全衛生管理法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3430號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官李嘉明

被告 淦成企業有限公司

兼代表人 朱德海

共同

選任辯護人 李傳侯律師

謝思賢律師

上列上訴人因被告等違反食品安全衛生管理法案件，不服臺灣高等法院中華民國107年1月31日第二審判決（106年度上訴字第2675號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署104年度偵字第14406、18838號），提起上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於朱德海部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

### 理 由

壹、撤銷發回（即朱德海）部分：

一、原判決以公訴意旨略稱：被告朱德海係被告「淦成企業有限公司（下稱淦成公司）」之代表人，從事海參、魚翅脫水加工買賣、進出口貿易業務，明知工業用冰醋酸（學名Acetic Acid）為強酸，於未取得中央主管機關之食品添加物許可證，即非屬衛生福利主管機關所核准之食品添加物，不可添加於各類食品。竟為降低海參加工之成本，並使海參去灰呈烏黑色後賣相較佳，偽冒為價格較高之烏參（黑玉參），以牟取不法財物，接續於民國103年4月間至104年5月11日，在公司工廠內，將其購入之工業用冰醋酸加水稀釋，把海參放入桶內浸泡，溶解海參上之白灰，再置入鹼粉調成之鹼水內清洗，經酸鹼中和後，用自來水清洗2天，續加工烘乾製成海參成品，再出口至香港、中國大陸或販售予國內商家，出售供不知情之民眾食用，不法獲利所得達新臺幣5,400,829元，涉犯食品安全衛生管理法（下稱食安法）第49條第1項之

有同法第15條第1 項第10款食品添加未經中央主管機關許可之添加物而販賣及刑法第339條第1項之詐欺取財罪嫌等語。經審理結果，認不能證明朱德海犯罪，因而撤銷第一審之科刑判決，改判諭知無罪。固非無見。

二、審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於職權定其取捨，依自由心證而為事實之判斷，且此項自由判斷之職權運用，應受經驗法則與論理法則之支配，非可自由任意為之，倘其事理判斷違反人類本於日常生活經驗所得而為一般人知悉之法則或邏輯上推論之論理法則，或將各項證據予以割裂，分別單獨觀察判斷，其判決當然違背法令。

三、經查：

(一)、人民之生命與健康，為其生存與自由最主要之基礎，自受憲法第22條之保障，是國家對人民生命、健康自有保護義務。基此，司法院釋字第414、476、545、577號等解釋，有諸多關於法律應維護國民健康之闡釋，國家應透過法律制度之設計，積極維護上開憲法所保障之人民健康權。食安法即本乎此項宗旨而制定，於該法第1 條闡明：「為管理食品衛生安全及品質，維護國民健康，特制定本法」。而食安法所稱之「食品」，係指供人飲食或咀嚼之產品及其原料；「食品添加物」為食品著色、調味、防腐、漂白、乳化、增加香味、安定品質、促進發酵、增加稠度、強化營養、防止氧化或其他必要目的，加入、接觸於食品之單方或複方物質；「食品用洗潔劑」則係指用於消毒或洗滌食品、食品器具、食品容器或包裝之物質（食安法第3條第1、3、6款）。而「販賣之食品、食品用洗潔劑及其器具、容器或包裝，應符合衛生安全及品質之標準；其標準由中央主管機關定之（食安法第17條）。」「食品添加物之品名、規格及其使用範圍、限量標準，由中央主管機關定之。前項標準之訂定，必須以可以達到預期效果之最小量為限制，且依據國人膳食習慣為風險評估，同時必須遵守規格標準之規定（食安法第18條）。」因此，衛生福利部（下稱衛福部）乃依據上開規定，分別訂定「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」，以規範食品添加物之品名、規格及其使用範圍、限量標準；訂定「食品用洗潔劑衛生標準」，以規範食品用洗潔劑之用途限制、化學

含量及其使用標準。是食安法所稱之食品、食品添加物，乃指可供人食用者；不可供人食用或非供人食用者，均不可做為食品、原料或添加於食品內，乃食安法首應確立之原則。

- (二)、衛福部於105年2月17日依食安法第17條授權規定，訂定發布「加工助劑衛生標準」，其立法理由說明：「因加工助劑之使用特性，其於終產品中不產生功能，與食品添加物在最終產品中發揮特定功能目的有所差異，為明確管理此類成分，故參考國際間包括聯合國食品標準委員會、歐盟及紐澳等有關加工助劑之規定，訂定『加工助劑衛生標準』規定，以供食品業界遵循」，有衛福部食品藥物管理署105年12月6日FDA食字第1050043542號函（說明五）可參（見一審卷二第218頁）。本件查獲時間固在上開「加工助劑衛生標準」訂定時間之前，惟依前揭增訂之「加工助劑衛生標準」第2條規定：「加工助劑係指在食品或食品原料之製造加工過程中，為達特定加工目的而使用，非作為食品原料或食品容器具之物質，其於終產品中不產生功能，但可能存在非有意但無法避免之殘留」，與前開食安法第3條第6款所謂「食品用洗潔劑」之立法定義，同有於最終食品產品中不產生功能之特質。再參酌「加工助劑衛生標準」第1條規定，其授權法源與「食品用洗潔劑之衛生安全品質標準」同為食安法第17條。準此，基於授權法規體系與使用上之性質，主管機關於105年2月17日訂定「加工助劑衛生標準」之前，關於加工助劑中涉及食品洗潔之物質者，其相關規範或處罰規定自應依循「食品用洗潔劑」之衛生安全品質標準稽核，乃屬當然。何況本件經第一審法院函請臺北榮民總醫院（臨床毒物科）鑑定函覆稱「本案使用之冰醋酸既然用於清洗食物，理應屬食品安全衛生管理法之『食品用洗潔劑』。」有臺北榮民總醫院106年4月18日北總內字第1060001712號、106年5月23日北總內字第1061500248號函在卷可參（見一審卷三第174、216頁）。原判決以冰醋酸屬於「加工助劑」不屬於「食品用洗潔劑」，朱德海行為時尚未訂定有「加工助劑衛生標準」，而為無罪之諭知，自有適用法則不當之違法。
- (三)、本件冰醋酸，屬工業用之強酸（醋酸99%），為腐蝕性物質，極具危險性，有扣案冰醋酸包裝桶外觀及標示在卷可稽（見第14406號偵查卷第61至62頁），其既為工業用，非可用

於食品，自無列入「食品添加物使用範圍及限量暨規格標準」之資格。朱德海雖將藍桶冰醋酸稀釋至特定濃度使用，且依其所提出以該濃度之液體送請台灣檢驗科技股份有限公司（SGS）檢驗，檢測結果認除濃度外均符合食品添加物冰醋酸規格（見一審卷三第240至246頁）。然食安法之目的，係在規範食品業者製造、使用食品、食品添加物、食品洗潔劑（含加工助劑）等與食品相關之安全衛生規範，就「稀釋」而言，其化學性質僅在降低物質濃度，並未改變其本質。倘食品業者得以「稀釋」方式作為是否違反食安法規範之判斷標準，則無異使本法就食品添加物、食品洗潔劑（含加工助劑）等之生產、認證、管理等行政或刑罰規範形同具文。亦即，如以稀釋濃度之方式可使本不符合規範之物質達到符合規範要求，而未斟酌立法者及消費者是否同意此種工業用冰醋酸作為浸泡食材之溶劑，即與立法者原意有違，亦未符合民眾對食品安全之嚴格要求。何況食安法第49條第2項係規定「足以危害人體健康之虞」，而非「足以危害人體健康」，可見立法者即非以終產品本身作為認定標準，故「足以危害人體健康之虞」之解釋適用上，自難以最終使用後之結果或產品本身是否有危害結果論斷，而應以行為人於取得該物質作為使用時之危害情節為認定標準。亦即，能否對實際上未產生任何危險之行為科以刑事處罰，固有規範違反論與法益實害論之區別，然於食安法之規範上，應採取近於規範違反論之解釋，否則如採法益實害論之解釋結果，將使食安法失去其規範之目的。是就食安法第49條第2項之歸責及處罰基礎始點而言，本件應以朱德海購得藍桶冰醋酸（工業用強酸）使用時之危害可能性為判斷。原審未予詳察，徒以該工業用強酸經送驗稀釋結果符合食品添加物冰醋酸之規格，即為朱德海無罪之諭知，亦難謂適法。

四、檢察官上訴意旨指摘原判決就朱德海被訴違反食安法罪嫌部分諭知無罪不當，為有理由，且因上開違背法令影響於事實之確定，並為維持該被告之審級利益，應認此部分有撤銷發回更審之原因。至詐欺取財部分，基於審判不可分原則，應併予發回。

貳、被告淦成公司部分：

按最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，經

第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴，刑事訴訟法第376 條第1項第1款定有明文。本件淦成公司被訴其代表人朱德海因執行業務，犯食安法第49條第1項之有同法第15條第1 項第10款食品添加未經中央主管機關許可之添加物而販賣罪，應依同法第49條第5 項規定科以罰金刑，係專科罰金之罪，屬刑事訴訟法第376 條第1項第1款之案件。依上開說明，淦成公司既經原審撤銷第一審之科刑判決，改判諭知無罪，自不得上訴於第三審法院，檢察官對原判決關於淦成公司部分併予提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 31 日

最高法院刑事第二庭

審判長法官 邵 燕 玲

法官 呂 丹 玉

法官 梁 宏 哲

法官 吳 進 發

法官 沈 揚 仁

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 11 月 5 日

書 記 官



## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3568

【裁判日期】1071101

【裁判案由】違反毒品危害防制條例等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3568號

上 訴 人 謝勢明

劉志明

上 一 人

選任辯護人 林石猛律師

蘇嫻禎律師

上列上訴人等因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107 年7 月26日第二審判決（106 年度上訴字第805 號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署105 年度偵字第6738、6739、7155、7156、9489號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人劉志明有其事實欄及附表一所載販賣第二級毒品甲基安非他命予謝勢明共3 次之犯行；上訴人謝勢明有其事實欄及附表一所載意圖營利向劉志明購得第二級毒品甲基安非他命後伺機販賣共3 次之犯行，因而撤銷第一審關於劉志明科刑部分之判決，改判仍論劉志明以販賣第二級毒品3 罪，分別處如原判決附表一編號1 至3 所示之刑，並分別諭知相關之沒收及追徵，復合併定其應執行之刑為有期徒刑20年。另維持第一審論謝勢明販賣第二級毒品未遂3 罪（均累犯），均先依累犯之規定加重其刑（法定刑為無期徒刑部分不予加重），再依刑法第25條第2 項及毒品危害防制條例第17條第2 項規定遞減輕其刑後，分別處如原判決附表一編號1 至3 所示之刑，並分別諭知相關之沒收及追徵，及合併定其應執行之刑為有期徒刑10年部分之判決，而駁回謝勢明在第二審之上訴，固非無見。

二、惟查：

（一）、證據雖已調查，但若仍有其他重要證據或疑點尚未調查釐清

，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。又毒品危害防制條例第17條第1項規定：「犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」是持有毒品者所為毒品來源之供述，係有利於己之陳述，其憑信性於通常一般人已有所懷疑，縱自形式上觀察，並無瑕疵，為防範購毒者意圖邀上開減刑寬典而虛構事實，自仍須有足以確信為真實之補強證據，以擔保其陳述之憑信性，始得採為判斷之依據。且所謂必要之補強證據，固不以證明販賣毒品犯罪構成要件之全部事實為必要，但仍須與持有者之指證具有相當之關聯性，經與持有者之指證綜合判斷，已達於通常一般人均不至有所懷疑，而得確信持有毒品者之指證為真實者，始足當之。原判決認定其附表一編號1、2所示劉志明販賣第二級毒品甲基安非他命予謝勢明2次，及謝勢明販賣第二級毒品甲基安非他命未遂2次之犯行，固以謝勢明於民國105年9月2日、同年11月9日、同年11月16日偵查中之供證，及附表三之1、2相關通訊監察譯文內容，作為此部分犯罪事實認定之證據。然劉志明始終否認有此部分販賣甲基安非他命犯行，並質疑謝勢明於偵查中對此部分指述之真實性。而謝勢明就劉志明如原判決附表一編號3所示販賣甲基安非他命犯行相關之通訊監察譯文內容（即原判決附表三之3所示通訊監察譯文內容），迭於警詢、偵查及第一審證稱該等通話內容所提及「茶」，即為毒品甲基安非他命之代號等語（見第6738號偵查卷一第22頁、第99頁，一審卷第238頁），得以使上開通訊監察譯文內容，與謝勢明有關劉志明此部分犯行之指述相互印證。至原判決所引用劉志明如附表一編號1、2所示販賣甲基安非他命犯行相關之通訊監察譯文內容（即原判決附表三之1、2所示通訊監察譯文內容），其中劉志明（即譯文中之A）與謝勢明（即譯文中之B）之部分對話內容：「（日期時間載為105年6月3日14時24分）A：你賓士的車牽了沒？B：還沒啦，牽toyota的就好了。A：好啊。」、「（日期時間載為105年6月13日21時57分）B：逗陣仔，你在睡覺了嗎？A：嘿。B：拍謝，吵到你，我可能後天早上下去牽那賓士。A：後天早上喔？B：嘿阿，再麻煩你

。A：好啊，你再聯絡一下。B：先跟他聯絡一下。A：好。」，上述通話內容固提及「賓士」、「toyota」等車輛廠牌名稱，但謝勢明於105年9月2日偵查中雖指證劉志明有如原判決附表一編號1、2所示販賣甲基安非他命之犯行，惟同時否認前開對話內容中「賓士」、「toyota」為毒品之代號，甚且陳明其有意向劉志明購車而未果等語（見第6738號偵查卷一第99至100頁），且證人劉忠訓亦於原審證稱：謝勢明透過劉志明欲向伊購買賓士車，曾於105年6、7月間至原判決附表一編號1、2所示地點看伊之賓士車2次，最終因價格未談妥致未能完成交易等語（見原審卷二第9至12頁），若其2人上開所述可信，則上開通訊監察譯文內容所提及「賓士」、「toyota」等語，究竟是否為毒品交易種類之暗語，抑或指車輛廠牌？即非無疑，若為前者，究指何種類之毒品？若係後者，則原判決附表三之1、2所示通訊監察譯文內容，能否與謝勢明於偵查中關於劉志明如原判決附表一編號1、2所示販賣毒品犯行之指述相互印證，而得作為劉志明此部分販賣毒品犯行之補強佐證？案關重典，猶有進一步加以究明釐清之必要。原審對上述疑點未深入加以調查釐清明白，雖就劉志明所執該等通訊監察譯文內容係討論購買車輛事宜之辯解，不予採納，惟並未詳細說明原判決附表三之1、2所示通訊監察譯文內容，如何與謝勢明之指證具有相當之關聯性，而得確信其所指證劉志明如原判決附表一編號1、2所示販賣毒品犯行為真實，遽認劉志明、謝勢明分別有其附表一編號1、2所示販賣第二級毒品既、未遂犯行，尚嫌速斷，難謂無調查未盡及理由欠備之違法。

(二)、刑法有關沒收規定於104年12月30日、105年6月22日迭經修正公布，依刑法施行法第10條之3第1項規定，自105年7月1日施行。修正後刑法第2條第2項規定：「沒收、非拘束人身自由之保安處分適用裁判時之法律。」已明確規範修正後有關沒收之法律適用，應適用裁判時法，自無庸比較新舊法。而沒收係針對供犯罪或預備供犯罪所用，犯罪所生或所得等與刑事違法行為具有密切關係之人民財產，及對於社會具有危險性之違禁物，由國家以裁判剝奪其所有人之所有權，將之收歸國庫，屬干預人民財產權之強制處分，自應循正當程序為之，俾符合憲法保障人民財產權、訴訟權等基

本權之要求。為建構修正後刑法新增剝奪被告以外第三人財產，擴大單獨聲請宣告沒收之適用範圍，及現行特別刑法中既有之沒收第三人財產等實體規範，所應恪遵之正當程序，參考德國、日本之立法例，刑事訴訟法增訂專編為第7編之2「沒收特別程序」第455條之12至第455條之37等規定，保障財產可能被沒收之第三人參與程序之權利，明定其聲請參與沒收及法院依職權命參與沒收之前提、程式，並課予偵查中之檢察官、審判中之法院，對財產可能被沒收之第三人之通知義務，予其陳述意見之機會，賦予該第三人參與刑事訴訟程序與尋求救濟之權利，同於105年7月1日施行，俾與原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，相輔相成，以完備沒收法制之體系，並兼顧第三人參與訴訟之程序保障。從而，為保障財產可能被沒收之第三人之權益，法院自應遵循修正後刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，賦予該第三人參與刑事訴訟程序之機會後，其裁判諭知沒收第三人財產，始為適法，否則其所踐行之訴訟程序即屬違法。此項程序之違法，剝奪第三人參與訴訟之程序保障，悖於正當程序，與憲法保障人民財產權、訴訟權之旨未合，顯欠缺裁判沒收第三人財產之正當性基礎，不能謂顯然於判決無影響。原判決認定其附表二編號8所示扣案之車牌號碼000-0000號自用小客車，係劉志明為其附表一編號1、2所載販賣第二級毒品犯行所用之交通工具，因而依檢察官之請求，適用毒品危害防制條例第19條第2項規定宣告沒收（見原判決第32頁第8至11行）。惟稽之卷附車駕籍資訊系統一車輛詳細資料列印表（見第6738號偵查卷二第308頁），上開自用小客車之車主登記為劉忠訓，且劉志明於偵查中供稱該車輛係屬劉忠訓所有（見同上偵查卷第281頁），劉忠訓亦於原審證稱該車輛為其所有等語（見原審卷二第18頁反面），若其等所述無訛，則上開自用小客車既屬第三人劉忠訓之財產，乃原審未先依刑事訴訟法第455條之12第3項之規定，依職權裁定命劉忠訓參與沒收程序，亦未依刑事訴訟法「沒收特別程序」編之相關規定，賦予其參與沒收程序與尋求救濟之機會，遽予諭知沒收上開劉忠訓所有之自用小客車，已剝奪劉忠訓參與訴訟之程序保障，揆之上開說明，難謂適法。

- (三)、又原判決附表二編號8內列有「車牌號碼000-0000號自用小客車（含行車執照1 本）」，其中行車執照1 本似與本件犯罪無關，亦非違禁物，原判決並未說明該行車執照1 本究竟與本件犯罪有何關聯，遽於其附表一編號1、2 主文欄內諭知將其附表二編號8 所示之物（包括行車執照1 本）沒收，亦有未洽。
- (四)、按認定犯罪事實固應憑證據，惟證據之內容倘存有疑義或瑕疵，若未加以調查釐清，遽採為犯罪事實之證據，其採證即非適法。原判決採用謝勢明在偵查中及第一審所為不利於劉志明之證述，作為劉志明本件販賣甲基安非他命之證據。惟卷查謝勢明於105 年9 月2 日偵查中證稱：其於同年6 月15 日向劉志明購買新臺幣（下同）15萬元共700 公克之（甲基）安非他命等語（見第6738號偵查卷一第98頁）。嗣於同年9 月21日偵查中則證稱：其第2 次向劉志明購買16萬元700 公克（甲基）安非他命等語（見同上偵查卷第159 頁）。其後於第一審行準備程序時亦陳稱：其係於105 年6 月15日，用16萬元向劉志明購買700 公克的（甲基）安非他命等語（見一審卷第159 頁）。是謝勢明就其於105 年6 月15日向劉志明購買700 公克甲基安非他命之價格，究為「15萬元」或「16萬元」？其所述前後並不一致；原審對於謝勢明上揭關於向劉志明購買毒品價格前後不一之陳述，並未加以調查釐清，並於判決內說明其取捨之理由，遽於其附表一編號2 內認定謝勢明係以「16萬元」向劉志明購買700 公克之甲基安非他命，依上述說明，其此部分採證自非適法。
- (五)、科刑判決所認定之事實，必須與其所採用之證據內容相適合，否則即屬證據上之理由矛盾，其判決為當然違背法令。卷查劉志明於105 年9 月2 日警詢時固有2 名律師在場陪同，並於筆錄末端簽名，然謝勢明於同日警詢時並無選任之律師陪同在場，此有其2 人之警詢筆錄可稽（見第6738號偵查卷一第11、17、20、29頁），然原判決誤引同日劉志明之警詢筆錄內容，認為謝勢明於警詢時尚有2 名律師在場並於筆錄內簽名，因認警方不敢公然對謝勢明告以如能供出2、3 次（即供出毒品上手2、3 人或販賣2、3 次），即可獲准交保之情，並憑此認定謝勢明於法院延押訊問時之供述（即其在警詢時係受警方利誘而供出劉志明販賣毒品等語），不能

爲劉志明有利之認定（見原判決第25頁第16至20行），其此部分論斷，與卷證資料不符，難謂無判決理由矛盾之違法。  
(六)、以上或爲上訴意旨所指摘，或爲本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響於本件事實之認定及法律之適用，本院無從據以自行判決，應認原判決有撤銷發回更審之原因。據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 11 月 1 日

最高法院刑事第六庭

審判長法官 郭 毓 洲

法官 張 祺 祥

法官 李 錦 樑

法官 林 靜 芬

法官 林 海 祥

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 107 年 11 月 5 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3786

【裁判日期】1071024

【裁判案由】偽造文書

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3786號

上訴人 陳展翌

劉勝杰

陳敏傑

上列一人

選任辯護人 陳昱龍律師

上訴人 黃勝偉

選任辯護人 馬偉涵律師

上列上訴人等因偽造文書案件，不服臺灣高等法院中華民國 107 年1月18日第二審判決（106年度原上訴字第84號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署104年度少連偵字第232號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於丙○○部分撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分（即上訴人丙○○部分）：

一、本件原判決就丙○○部分，維持第一審依想像競合犯從一重論處其犯共同行使偽造公文書罪刑之判決，固非無見。

二、惟查：共犯不利之陳述具有雙重意義，一方面為就自己犯罪事實供述之被告自白，另一方面為對於其他共犯之犯罪事實所為之證述。而於後者，基於該類供述因分散風險利益、推諉卸責等誘因所生之虛偽蓋然性，在共犯事實範圍內，除應依人證之調查方式調查外，尤須有補強證據擔保其真實性，其供述始能成為對其他被告論處共犯罪刑之證據。即使其中一名共同正犯之自白（即自己犯罪事實）已經符合補強法則之規定，而予論處罪刑，仍不得僅以該認罪被告自白之補強證據延伸作為認定否認犯罪事實之其他共犯被告有罪之依據，必須另以其他證據資為補強。而此之所謂補強證據，指除該共同正犯不利於其他正犯之陳述外，另有其他足以證明所

述其他被告共同犯罪之事實確具有相當程度真實性之證據而言。至於指證者前後供述是否相符、有無重大矛盾或違反經驗、論理法則情事、指述堅決與否及態度是否肯定，僅足為判斷其證述有否瑕疵之參考，而其與被告間之關係如何、彼此交往背景、有無重要恩怨糾葛、曾否共同實施與本案無關之其他犯罪等情，既與所述其他被告參與該共同犯罪之真實性判斷無涉，自不能以之作為所述其他被告共同犯罪事實之補強證據。原判決認定丙○○有犯罪事實一之(三)之犯行，係以共犯被告乙○○之指證，並以乙○○與丙○○2人曾同期間於少年輔育院執行感化教育，又另案於民國103年4月15日共同犯與本案無關之他罪，經判決處刑確定等互動聯繫情形，為其論據。然丙○○始終否認有此犯行，則丙○○是否參與此部分犯行，除共犯證人乙○○之證述外，自應有補強證據之必要。原判決所引丙○○、乙○○2人交往背景、曾否共同另犯無關本案之他罪等事證，既與丙○○有否本件共同犯行之判斷無涉，自不能資為擔保乙○○指證丙○○該共犯事實真實性之補強證據。又被害人丁○○之證述及案內偽造之公文書、鑑定報告等事證，係佐證乙○○自白自己犯罪事實之補強證據，亦不得作為認定丙○○該共犯事實之依據。至其他丙○○所辯無可採等項，本不能憑為認定其共同犯罪之積極證據。是原判決本部分認定，除共犯證人乙○○之證述外，究有如何之補強證據，堪信乙○○指證之丙○○共犯事實屬實，未進一步詳予調查，並為必要之論斷及說明，徒以推測方法，認定共犯乙○○之陳述為真實，遽採為論處丙○○該部分罪刑之基礎，揆之前揭說明，原判決此部分採證難謂合於證據法則。

三、丙○○上訴意旨執以指摘原判決該部分違背法令，為有理由，應認原判決關於丙○○部分有撤銷發回更審之原因。至與撤銷部分有裁判上一罪關係之詐欺取財（修正前）、僭行公務員職權部分，基於審判不可分原則，應併撤銷發回。

貳、上訴駁回部分（即上訴人甲○○、戊○○、乙○○部分）：

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何



適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審經審理結果，認定甲○○、戊○○及乙○○各共同僭行公務員職權、行使偽造公文書及詐欺取財（修正前）之犯行明確，因而維持第一審依想像競合犯從一重分別論處其等犯共同行使偽造公文書罪刑之判決，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就戊○○否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。

三、戊○○部分：

原判決認定戊○○上開犯行，係綜合戊○○於偵查中之部分供述、證人甲○○、林○連（以上2 人為共同正犯）及丁○○（被害人）等人之證述及卷附相關證據資料，而為論斷。並依調查證據所得之直接、間接證據為合理推論，相互勾稽，就戊○○、甲○○與不詳詐欺集團成員如何基於犯意聯絡及行為分擔，冒充公務員僭行職權、出示偽造公文書，而接續向丁○○詐得原判決犯罪事實一之(一)(二)所示款項，及繳回贓款後如何從中分取報酬之認定，詳為論述。另針對甲○○所述戊○○為集團成員及就此部分接續犯行有犯意聯絡、行為分擔各節，如何與戊○○於偵查中供承：參與本件詐欺集團曾行騙成功2、3 次，大部分與甲○○配合，如偽造公文書上有甲○○指紋，很可能其有參與等情相符，所為人別指證如何無錯誤之虞，依據卷內事證逐一剖析論述，記明所憑。原判決就此部分戊○○供述、甲○○證述等相關事證依法踐行調查證據程序後，綜合為整體判斷，認以戊○○前開供述為補強證據，已足擔保甲○○證述戊○○共犯經過（實質證據）並非虛構，及案內指紋鑑定等相關事證，何以無足為戊○○有利認定，依卷證資料，敘明理由。所為論列說明，與卷證資料悉無不合，無悖乎經驗法則與論理法則。並非僅以共同正犯甲○○之證述，為其唯一證據。原判決以此部分事證已明，未再就案內其他指紋何屬另贅為其他無益之調查，自無調查未盡、欠缺補強證據、採證違誤之違法可言。戊○○上訴意旨泛言案內文書未查得其指紋，欠缺補強證據，又未詳查其他可辨識指紋係何人所有，即予論罪，指摘原判決採證違誤、調查未盡，乃就原判決採證認事之職權行使任

意爭辯，並非第三審上訴之適法理由。

四、甲○○、乙○○部分：

- (一)甲○○另案於103年3月12日與戊○○共同僭行公務員職權，向張容珠行使偽造公文書、詐欺取財之犯行（臺灣彰化地方法院103 年度訴字第727 號），與其本案接續犯行之基本社會事實並不相同，難認甲○○本件犯行與前案有裁判上一罪關係，顯非前案確定判決既判力所及。是原判決對於甲○○部分予以論科，並無違誤。甲○○上訴意旨執以指摘原判決該部分未諭知免訴為不法，並非上訴第三審之合法理由。
- (二)量刑輕重，屬為裁判之法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，如無違反公平、比例及罪刑相當原則，致明顯輕重失衡情形，自不得指為違法。原判決以第一審就甲○○、乙○○所犯之罪，業具體審酌刑法第57條科刑等相關一切情狀，而為刑之量定，為無不合，因而維持第一審判決對於甲○○、乙○○所處之刑，既係合法行使其量刑裁量權，於客觀上未逾越法定刑度，且與罪刑相當原則無悖，尤無重複評價之違法可言，難認有逾越法律規定範圍，或濫用裁量權限之違法情形。又適用刑法第59條酌減其刑與否，法院本有權斟酌決定，原判決此部分依審理結果，關於甲○○、乙○○之犯罪，認無犯罪情狀顯可憫恕，科以最低度刑仍嫌過重之情形，而不依該規定酌減其刑，並就甲○○部分闡述何以不予酌減之理由，均無不適用法則之違法情形。甲○○、乙○○上訴意旨漫言指摘原判決各該部分未適用刑法第59條規定酌減為不當，乙○○另泛稱原判決之量刑違反重複評價禁止原則、未審酌刑法第57條之一切情狀，而為指摘，又未依據卷內資料具體指明原判決此部分如何違背法令或不適用法則或如何適用法則不當，無非係就原判決該量刑裁量權之合法行使，任意指為違法，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

五、甲○○、戊○○、乙○○上訴意旨，或置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審法院取捨證據、自由判斷證據證明力或量刑之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。依上所述，甲○○、戊

○○、乙○○關於偽造公文書部分之上訴違背法律上程式，應予駁回。又各該共同行使偽造公文書得上訴第三審部分之上訴，既因不合法而從程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪關係，經第一、二審均論罪而不得上訴第三審之僭行公務員職權及詐欺取財（修正前）部分之上訴，自無從為實體上審判，應併從程序上駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397 條、第401 條、第395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 24 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 吳 燦

法官 李 英 勇

法官 何 信 慶

法官 莊 松 泉

法官 朱 瑞 娟

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 10 月 26 日

書 記 官

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3837

【裁判日期】1071017

【裁判案由】偽造文書

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3837號

上訴人 蔡逸駿

上列上訴人因偽造文書案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國107年2月14日第二審判決（107 年度上訴字第4 號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署105 年度偵字第20018 號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。
- 二、本件原審審理結果，認定上訴人蔡逸駿行使偽造公文書及詐欺取財之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍依想像競合犯從一重論處上訴人犯行使偽造公文書罪刑（累犯），並諭知沒收、追徵。已載敘其調查證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。
- 三、量刑輕重，屬為裁判之法院得依職權裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無顯然失當或違反公平、比例及罪刑相當原則者，亦無偏執一端，致明顯失出失入情形，不得指為違法。原判決具體審酌刑法第57條科刑等相關一切情狀，而為刑之量定，既係合法行使其量刑裁量權，於客觀上未逾越法定刑度，無悖於罪刑相當原則，難認有逾越法律規定範圍，或濫用裁量權限之違法情形。而適用刑法第59條酌減其刑與否，法院本有權斟酌決定，原判決依審理結果，

就何以不依該規定酌減之理由，業闡述明確，並無不適用法則之違法情形。此部分上訴意旨就量刑裁量權之合法行使，任意指為違法，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

四、基於「任何人不得保有不法行為之獲利」原則，對於因犯罪造成之財產利益不法流動，應藉由「沒收犯罪利得」法制，透過類似不當得利之衡平措施，使之回歸犯罪發生前的合法財產秩序狀態。從而若被害人因犯罪受害所形成之民事請求權實際上已獲全額滿足，行為人亦不再享有因犯罪取得之財產利益，則犯罪利得沒收之規範目的已經實現，自無庸宣告犯罪利得沒收、追徵。惟若被害人就全部受害數額與行為人成立調（和）解，然實際上僅部分受償者，其能否確實履行償付完畢既未確定，縱被害人日後可循民事強制執行程序保障權益，因刑事訴訟事實審判決前，尚未實際全數受償，該犯罪前之合法財產秩序狀態顯未因調（和）解完全回復，行為人犯罪利得復未全數澈底剝奪，則法院對於扣除已實際給付部分外之其餘犯罪所得，仍應諭知沒收、追徵，由被害人另依刑事訴訟法第473 條規定聲請發還，方為衡平。本件上訴人雖就犯罪所得全部數額與被害人成立調解，但僅實際償還其中部分款項，原判決乃以其犯罪所得扣除已償還金額部分尚未實際發還被害人，與刑法第38條之1 第5 項規定不符，撤銷第一審判決，改判就未實際償還之犯罪利得諭知沒收、追徵，並無不合。至上訴人嗣後如依調解條件繼續履行，則於其實際償還金額之同一範圍內，既因該財產利益已獲回復，而與已經實際發還無異，自無庸再執行該部分犯罪所得沒收，乃屬當然。尤無雙重執行或對上訴人重複剝奪犯罪所得而過苛之虞。上訴意旨漫言非故意拖延還款，指摘原判決未審酌其維持生活必要及有否過苛情形，仍予宣告沒收為不法，並非適法之第三審上訴理由。

五、沒收固為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，但仍以犯罪（違法）行為存在為前提，而具依附關係。為避免沒收裁判所依附之前提即罪刑部分，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖沒收部分之基礎，造成裁判矛盾，不論依刑事訴訟法第348 條規定或第455 條之27第1 項前段之法理，上訴權人對於罪刑部分合法上訴者，其效力應及於沒收部分。又現行法

第二審採覆審制，第二審法院應就原審判決經上訴部分調查，並依調查證據結果，認定事實、適用法律。本件上訴人雖係以第一審判決罪刑部分量刑過重為由，提起第二審上訴，其效力既及於沒收部分，且第一審判決關於不予沒收之法律適用，復有前述違誤，原判決予以撤銷改判，諭知沒收、追徵，即無不合同法第370條第1項前段不利益變更禁止之規定可言。上訴意旨執以指摘，同非上訴第三審之合法理由。

六、依上所述，本件行使偽造公文書部分之上訴違背法律上程式，應予駁回。上開得上訴第三審部分之上訴，既因不合法而從程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪關係、經第一、二審均論罪而不得上訴第三審之詐欺取財部分之上訴，自無從為實體上審判，應併從程序上駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 17 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官	吳	燦
法官	李	英 勇
法官	何	信 慶
法官	莊	松 泉
法官	朱	瑞 娟

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 107 年 10 月 19 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3884

【裁判日期】1071011

【裁判案由】違反著作權法

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3884號

上訴人 劉文達

上列上訴人因違反著作權法案件，不服智慧財產法院中華民國107年2月9日第二審判決（106年度刑智上訴字第32號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署105年度偵字第10112號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按依修正後之刑事訴訟法第309條第1款之規定，法院僅於案件認定被告有罪而應沒收時，始於判決主文諭知沒收，倘認不應宣告沒收時，因沒收之調查與認定，本屬法院依職權進行之事項，且非必以當事人聲請為必要，復無如同法第455條之26第1項後段、第2項有對於參與人財產經認定不應沒收者，應諭知不予沒收之判決，並應記載其裁判主文及應否沒收之理由之規定，自無須於被告有罪判決主文項下諭知不予沒收之旨，惟為方便上級法院審查，自宜於判決理由內說明不予沒收心證形成之理由。是下級法院若已於有罪判決就不予沒收之理由詳為記載，究與未經裁判之情形不同，檢察官或自訴人自得對於該諭知不予沒收部分聲明不服。又刑法關於沒收，已於民國104年12月30日修正公布，並於105年7月1日施行，將沒收重新定性為「刑罰及保安處分以外之法律效果，具有獨立性，而非刑罰（從刑）」，且依修正後同法第2條第2項及刑法施行法第10條之3第2項規定，縱被告於刑法關於沒收之相關規定修正施行前行為，仍應逕適用裁判時法律，而無「不溯及既往」原則之適用，益見刑法沒收於修正後業已「去刑罰化」而具「獨立性」。再修正後之沒收雖具備獨立性，然沒收之發動，仍須以犯罪行為之存在為前提，故沒收原則上應於有罪判決時併宣告之（參見修正後刑事訴訟法第309條第1款），但亦得由檢察官另聲請

法院為單獨沒收之宣告（參見修正後刑法第40條第3項、刑事訴訟法第259條之1、修正後同法第455條之34至37）。故「沒收」與「本案部分（即罪刑部分）」並非不能區分。若下級審判決僅係應否沒收部分有所違誤，而於本案部分認事或用法並無不當時，上級法院非不得僅就沒收部分予以撤銷。另沒收之標的，依修正後刑法第38條第1、2項、第38條之1第1項前段規定，可分為違禁物、供犯罪所用、犯罪預備之物、犯罪所生之物及犯罪所得等項，倘彼此間互無關連，僅因下級法院就其中各別標的應否沒收部分判決有誤，上級法院亦非不得單就該各別標的部分予以撤銷。本件上訴人劉文達因違反著作權法案件，經第一審法院判決其共同意圖出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權，處有期徒刑6月，併科罰金新臺幣（下同）20萬元，並諭知易科罰金及易服勞役之折算標準，及相關供犯罪所用之物即扣案之記憶卡、歌本沒收。關於其犯罪所得部分，第一審判決則於理由四、(二)內說明：「按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。前2項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，修正後刑法第38條之1第1項、第3項固分別定有明文，然查，依證人劉智豪於本院（指第一審，下同）審理中證稱：未實際支付上開電腦伴唱機之租金等語（見本院智訴卷第59頁），即難認劉文達及劉建賢因本案犯罪而有犯罪所得，自無從宣告沒收本案犯罪所得，併予敘明。」等語，檢察官不服第一審判決關於犯罪所得不予沒收部分提出上訴（見原審卷第26至27頁反面，另檢察官亦對第一審量刑暨上訴人亦不服第一審判決，均提起上訴）。經原審審理後，認第一審關於本案罪刑及關於犯罪所用之物宣告沒收部分並無違誤，但對於上訴人犯罪所得不予宣告沒收之理由說明部分，認檢察官之上訴有理由，因而僅將第一審關於上訴人犯罪所得不予沒收部分撤銷，而駁回檢察官及上訴人其他上訴，揆諸前揭說明，應無違誤，其中關於不予沒收撤銷部分，亦非訴外判決，合先敘明。

- 二、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未



依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人有其事實欄所載之違反著作權法犯行，因而維持第一審關於前述論處其罪刑及相關沒收之部分判決，駁回檢察官及上訴人關於該部分第二審之上訴；另撤銷第一審關於上訴人犯罪所得不予沒收之部分判決，改判諭知其犯罪所得4萬元之相關沒收。係以：上訴人之部分陳述，證人即同案被告劉建賢、證人劉智豪、吳宗學、陳國政、江錦龍、張勝章之證詞，卷附之優世大科技有限公司（下稱優世大公司）專屬授權證明書、伴唱機、點歌本及消費收據照片、「佳林小吃店」、「崧達科技視聽音響阿達」名片、搜索票、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表等證據資料，為綜合之判斷。已詳細敘述其所憑之證據及取捨、認定之理由，並就上訴人否認有違反著作權法犯行云云，其辯詞不可採之理由，及證人張勝章於原審時證稱上訴人與同欣視聽器材有限公司（下稱同欣公司）洽談合作時，曾聽聞上訴人要將部分歌曲換成優世大公司曲目，上訴人並將記憶卡交予公司小姐（指邱小珍）等語，不足為上訴人有利認定（見原判決貳、一、（三）、2.）等情，分別予以指駁及說明。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，並無採證或認定事實違背經驗法則或論理法則，或其他違背法令之情形。上訴意旨乃謂：（一）、原判決以證人張勝章已於103年12月離職，認定距本案案發時間已近2年，故其前揭證詞不足為上訴人有利之認定，惟依卷附之勞工保險被保險人投保資料表（明細）所載，張勝章於103年3月間起至105年2月23日止仍在同欣公司任職（掛名於同欣公司相關事業體即全鎂影音器材有限公司〈下稱全鎂公司〉），遽原判決不採證人張勝章有利於上訴人之證言，復未說明其理由，自有調查未盡及判決理由不備之違法。（二）、依證人即同案被告劉建賢之陳述，扣案之4張記憶卡係同欣公司之綽號「阿富」（即儲台富）所交付，攸關上訴人有無重製行為；又置放於「佳林小吃店」之伴唱機何時開始收取租金，仍欠明瞭；再上訴人於原審時亦請求傳喚證人邱小珍出庭證明同欣公司有無錄製記憶卡等情。詎原審均未為前述調查，率而認定上訴

人成立犯罪，自有調查未盡及判決理由不備之違誤等語。惟查：(一)、上訴人雖提出證人張勝章於103 年3月間起至105 年2 月23日止任職全鎂公司之勞工保險被保險人投保資料表（明細），惟全鎂公司是否為同欣公司之相關事業體，並無證據足以證明，且證人張勝章於原審時確證述其任職同欣公司僅至103 年12月，詎本案發生之104 年11月至105 年1 月5 日時，已離職2 年等語（見原審卷第159 至160 頁）。原審因而不採證人張勝章有利於上訴人之證言，業已說明其理由，自無調查未盡或判決理由不備之違誤。(二)、審判期日應調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，始足當之。若僅係枝節性問題，或所欲證明之事項已臻明瞭，而當事人聲請調查之證據，僅在延滯訴訟，甚或就同一證據再度聲請調查，自均欠缺其調查之必要性。上訴人及其辯護人於原審時並未請求調查「佳林小吃店」之伴唱機係由何時開始收取租金乙節，且當庭或以書面捨棄傳喚證人邱小珍及儲台富等人（見原審卷第64、72頁）。則原審斟酌上訴人向嘉揚多媒體科技有限公司（下稱嘉揚公司）承租伴唱機之歌曲均灌製於硬碟，並未另提供記憶卡；上訴人亦未提出「佳林小吃店」有取得優世大公司授權如原判決附表（下稱附表）所示系爭歌曲之確認書；另證人江錦龍亦否認提供優世大公司含有附表所示系爭歌曲之記憶卡予上訴人。是扣案含有附表所示系爭歌曲之記憶卡並非上訴人自嘉揚公司、同欣公司合法取得，顯係其為利於電腦伴唱機之出租而擅自重製。復於判決理由說明如何認定扣案之伴唱機係自104 年11月6 日出租予「佳林小吃店」等情（見原判決第9 頁第7 至17行），而依據其他相關事證，認此部分事證已臻明確，就此未再行無益之調查，即難謂有應於審判期日調查之證據未予調查之違誤。上訴意旨係就原判決已說明事項及屬原審採證認事職權之適法行使，持憑已見，就相同證據資料而為不同之評價，且重為事實之爭執，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。其上訴不合法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 11 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官 王 居 財

法官 蘇 振 堂

法官 鄭 水 銓

法官 楊 真 明

法官 謝 靜 恒

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 107 年 10 月 17 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3910

【裁判日期】1071018

【裁判案由】竊盜

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3910號

上訴人 蘇銘志

上列上訴人因竊盜案件，不服臺灣高等法院中華民國107 年2 月14日第二審判決（107 年度上易字第97號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署106 年度偵緝字第1274號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

- 一、本件原判決認定上訴人蘇銘志有其事實欄所載竊盜犯行，因而撤銷第一審諭知無罪之判決，改判論處上訴人竊盜罪刑（累犯，處有期徒刑3 月），係以被害人高萬居於民國99年7 月28日凌晨2 時44分許，在新北市三峽區（改制前臺北縣三峽鎮，下同）中山路107 巷失竊之車號00-0000 號自小貨車（下稱失竊小貨車），為警於同年月31日在同市區大同路240 巷底尋獲，經警將車內菸灰盒採集之菸蒂、檳榔渣送檢驗結果，其DNA-STR 型別與上訴人相符，可證上訴人曾乘坐過該車，上訴人辯稱林榮杰曾開該車來找伊，惟並無證據證明林榮杰曾駕駛失竊小貨車，證人高家郁證詞及顯聖堂監視攝影，因該監視攝影影像模糊，無法比對，僅能顯示案發時有2 名不詳人士進入顯聖堂內翻動功德箱之情形，並未拍攝停放顯聖堂前外面之失竊小貨車，難為有利上訴人之認定，為其主要論據。固非無見。
- 二、惟按，認定犯罪事實應依證據，為刑事訴訟法所明定，故被告否認犯罪事實所持之辯解，縱屬不能成立，仍非有積極證據足以證明其犯罪行為，不能遽為有罪之認定。而被告否認犯罪，並不負任何證明責任，僅於訴訟進行過程中，因檢察官之舉證，致被告將受不利益之判斷時，被告為主張犯罪構成要件事實不存在而提出某項有利於己之事實時，始需就其主張提出或聲請法院調查證據，然僅以證明該有利事實可能

存在，而動搖法院因檢察官之舉證對被告所形成之不利心證為已足，並無說服使法院確信該有利事實存在之必要。此為被告於訴訟過程中所負僅提出證據以踐行立證負擔，而不負說服責任之形式舉證責任，要與檢察官所負兼具提出證據與說服責任之實質舉證責任有別。苟被告依其形式舉證責任所聲請調查或提出之證據，已證明該有利事實具存在可能性，即應由檢察官進一步舉證證明該有利事實確不存在，或由法院視個案具體狀況之需，裁量或基於義務依職權行補充、輔佐性之證據調查，查明該事實是否存在；否則，法院即應以檢察官之舉證，業因被告之立證，致尚未達於使人產生對被告不利判斷之確信，而逕為有利於被告之認定，不得徒以被告所提出之證據，尚未達於確切證明該有利事實存在，遽為不利於被告之判決。稽之卷內資料，警方尋獲失竊小貨車後，在其儀錶板下菸灰盒內查獲之菸蒂、檳榔渣，經檢驗其DNA-STR 型別與上訴人相符，固可證明上訴人曾停留車上之事實，惟該菸蒂、檳榔渣究係上訴人竊取車輛時遺留？抑或搭乘他人駕駛之贓車而遺留？均有可能，在無證據證明前，自未可任執一端。上訴人於第一審辯稱：「車子是朋友開的」、「監視器上的人我認識，他有開那台小貨車來找過我，我有到車上去抽菸、嚼檳榔... 那個人外號叫『阿吉』，他目前可能在宜蘭監獄受刑... 『阿吉』真實姓名我不知道... 他約60到61年次... 我入監服刑前有在北所愛滋病舍遇到『阿吉』，他有HIV...」等語（第一審審易卷第66頁，易卷第74、75頁），並聲請傳喚「阿吉」作證。第一審函請法務部矯正署臺北看守所查明是否有符合上訴人所指之人，經覆以有3人符合（第一審易卷第85頁、第99至117頁），第一審提示該3 人照片令上訴人辨識，上訴人指其中之林榮杰即為其所指之人。林榮杰於第一審證稱認識上訴人，惟否認竊取失竊小貨車，及無駕駛該車去載上訴人等語（第一審易卷第161、162頁）。上訴人雖未能就其所舉有利於己之事實證明其存在，然已盡其形式舉證責任，除非有積極證據證明其犯罪行為，不能以其辯解不能成立，即遽為其有罪之認定。本件依卷內證據資料，似無直接證明上訴人竊取失竊小貨車之證據，而警方於案發後復未能在失竊小貨車之駕駛座、方向盤、門把等處採得上訴人指紋或其他生物跡證，而得推論上訴

人曾駕駛失竊小貨車，間接證明上訴人竊取失竊小貨車，至於車上查獲之菸蒂、檳榔渣，雖足證明上訴人曾停留車上之事實，然未能逕予排除上訴人係搭乘他人駕駛之贓車而遺留之可能性。原判決未予說明何以該菸蒂、檳榔渣可以證明上訴人竊取失竊小貨車之理由，遽以上訴人曾停留失竊小貨車及其辯解不能成立，即認定上訴人竊盜，稍嫌速斷，與證據法則難認無違，並有理由不備之違法。

三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項；又第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，刑事訴訟法第394條第1項前段定有明文，原判決上述違背法令，影響於事實之確定，本院無從為適用法律當否或刑之量定是否妥適之判斷，無可據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 18 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 林 勤 純

法官 林 立 華

法官 鄧 振 球

法官 莊 松 泉

法官 黃 斯 偉

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 10 月 23 日

書 記 官

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台上,3919

【裁判日期】1071011

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台上字第3919號

上訴人 陳柏宏

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國107年2月6日第二審判決（106年度上訴字第2871號，聲請簡易判決處刑案號：臺灣新北地方檢察署106 年度偵字第9855號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

- 一、按刑事訴訟法第377 條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定上訴人陳柏宏有其事實欄所載持有第二級毒品甲基安非他命純質淨重20公克以上犯行，因而維持第一審論處上訴人持有第二級毒品純質淨重20公克以上罪刑（累犯，處有期徒刑7 月，並諭知相關沒收）之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由。
- 二、上訴意旨略以：（一）上訴人購入甲基安非他命，因而成立施用毒品、無償轉讓及本案持有純質淨重20公克以上之三犯行，應依想像競合犯論以一罪；縱依法分別論處，施用毒品部分應為持有純質淨重20公克以上之罪所吸收，然上訴人施用毒品部分，業經臺灣新北地方法院以105年度毒聲字第496號裁定觀察勒戒，並非被持有純質淨重20公克以上之罪所吸收，原判決認定係吸收關係，顯然有誤。（二）檢察官就本案既聲請

簡易判決處刑，即應判處6個月以下刑責，卻判處有期徒刑7月，已逾法定刑度而有違誤，懇請依法從輕量刑云云。

### 三、惟查：

(一)按我國刑法採刑罰與保安處分雙軌制，是若被告初次施用毒品並同時持有逾法定數量毒品時，由於觀察勒戒、強制戒治性質上係屬保安處分，與刑罰性質不同，故針對同一犯行併予諭知刑罰及保安處分者自無不可（例如對竊盜慣犯同時宣告強制工作），且此時持有逾法定數量毒品行為之不法內涵已非嗣經不起訴處分之施用毒品行為所得涵蓋，故法院除應就被告所為諭以持有逾法定數量毒品罪刑外，另應就施用毒品犯行部分裁定令入勒戒處所施以觀察勒戒，此亦為刑罰與保安處分雙軌制之使然，並無違反一事不二罰原則。本件上訴人於民國104年12月23日為警查獲其持有逾法定數量第二級毒品外，並同時查獲其有施用第二級毒品及轉讓禁藥犯行，施用毒品部分業經臺灣新北地方法院裁定觀察勒戒，並經臺灣新北地方檢察署以105年度毒偵字第912、913、914號為不起訴處分確定；轉讓禁藥部分亦經臺灣新北地方法院以105年度訴字第934號判刑確定，上訴人持有逾法定數量第二級毒品與轉讓禁藥二罪犯意各別、行為互異，明顯可分，應予分論併罰，揆諸上揭說明，上訴人指稱施用毒品、轉讓禁藥應與本案持有逾法定數量毒品罪想像競合，容有誤會，均非適法之第三審上訴理由。

(二)按第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存證據，已足認定其犯罪，並認其所科之刑為宣告緩刑、得易科罰金之有期徒刑及拘役或罰金者，固得依檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑，然如法院認被告有法定不宜以簡易判決處刑者，則得改依通常程序審理，刑事訴訟法第449條、第452條定有明文。本件檢察官雖聲請簡易判決處刑，惟第一審法院認不宜以簡易判決處刑，而改依通常程序審理，且經當事人同意後，裁定適用簡式審判程序，此有準備程序筆錄、裁定在卷可憑（見第一審訴字卷第80至83頁），並經第一審法院於判決案由欄內敘明，是上訴意旨指摘本件量刑逾簡易判決處刑規定之法定刑度云云，要屬誤解，同非合法之第三審上訴理由。

四、綜上，上訴意旨難謂已符合首揭法定之第三審上訴要件。應



認其上訴違背法律上之程式，予以駁回。  
據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。  
中 華 民 國 107 年 10 月 11 日

最高法院刑事第一庭

審判長法官 花 滿 堂  
法官 徐 昌 錦  
法官 蔡 國 在  
法官 陳 朱 貴  
法官 林 恆 吉

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 107 年 10 月 15 日

## 最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】107,台非,143

【裁判日期】1071031

【裁判案由】偽造有價證券

【裁判全文】

最高法院刑事判決

107年度台非字第143號

上訴人 最高檢察署檢察總長

被告 張啓賢

上列上訴人因偽造有價證券案件，對於臺灣高等法院中華民國107年1月25日第二審確定判決（105年度上訴字第749號，起訴案號：臺灣士林地方檢察署102年度偵續字第178號），認為違背法令，提起非常上訴，本院判決如下：

### 主 文

原判決關於其附表五編號1至34定執行刑部分撤銷。

張啓賢犯如原判決附表五編號1至34所示各罪所處之刑，應執行有期徒刑肆年柒月。

### 理 由

非常上訴理由稱：「一、按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378條定有明文。又刑事訴訟法第370條前段『不利益變更禁止』規定，對於檢察官為被告之不利益上訴，原則上雖無適用，然須以其上訴有理由為前提，倘其上訴並無理由，仍有該原則之適用（最高法院101年度台上字第272號、104年度台上字第2762號刑事判決參照）。又刑事審判旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對有罪之被告科刑，應符合罪刑相當之原則，使罰當其罪，此所以刑法第57條明定科刑時應審酌一切情狀，尤應注意該條所列10款事項以為科刑輕重之標準，此項原則於刑事訴訟法第370條所定不利益變更禁止原則之例外情形，亦有其適用。故第一審判決後，被告及檢察官如均不服原判決，上訴於第二審法院，第二審法院認定檢察官之上訴無理由，被告上訴指摘原判決認定之事實不當為有理由，而將之撤銷改判時，如該改判認定之事實即被告之犯罪情節已較原判決為輕，除非第一審量刑顯然失輕，第二審判決如諭知較原宣告刑為重之刑，而未說明理由，即難謂與罪刑相當原則及不利益變更禁止原則之旨意無悖（最高法院92年度台上字第6121號刑事判決參照）。二、本件第一審判決認定被告係犯刑法第336條第2項之業務

侵占罪、修正前刑法第339 條第1 項之詐欺取財罪及刑法第 216 條、第215 條之行使業務上登載不實文書罪。主文則諭知『張啓賢犯附表一、三各編號主文欄所示之罪，各處附表一、三各編號主文欄所示之刑，又犯附表二主文欄所示之罪，處附表二主文欄所示之刑，應執行有期徒刑伍年陸月。其餘被訴部分均無罪。』被告及檢察官均不服該判決提起上訴，經臺灣高等法院105 年度上訴字第749 號判決（下稱原判決）認檢察官上訴無理由，就檢察官上訴部分全部駁回；就被告上訴部分關於附表一編號2 、 4 及附表三編號2 、 3 、 4 部分均撤銷，主文則諭知『原判決關於其附表一編號2 、 4 及附表三編號2 、 3 、 4 部分均撤銷。張啓賢犯如附表五編號2 、 4 、 35、36、37所示之罪，各處如各該編號所示之刑，並減刑如各該編號所示；其中附表五編號35、36、37部分，易科罰金之折算標準及沒收均如各該編號所示，所減得之刑應執行有期徒刑柒月，如易科罰金以新臺幣壹仟元折算壹日。其他上訴（即原〈第一審〉判決附表一編號1 、 3 、 5 至32、附表二、附表三編號1 、 附表四部分）駁回。上開撤銷改判之附表五編號2 、 4 與上訴駁回關於有罪部分所處之刑（如附表五編號1 、 3 、 5 至34所示），應執行有期徒刑捌年。』三、原判決理由六記載『撤銷改判（附表五編號2 、 4 、 35至37〈即附表一編號2 、 4 ，附表三編號2至4〉）部分：（一）原審就附表五編號2 、 4 、 35至37部分對被告論罪科刑，固非無見。惟被告就此等部分之犯罪時間，均在96年4 月24日以前，又無中華民國96年罪犯減刑條例所定不得減刑之事由，原判決（指第一審判決）之宣告刑復未逾有期徒刑1 年6 月，自應依同條例第2 條第1 項第 3 款規定減其刑期2 分之1 ，原判決漏未減刑，尚有違誤。被告上訴以前詞否認此等部分犯罪，固無理由（如前述），檢察官上訴認被告就附表五編號2 、 4 部分應另成立行使偽造私文書罪，就附表五編號35至37部分應另成立偽造有價證券罪，亦無理由（詳下述），然原判決關於此等部分既有可議之處，即屬無可維持，應由本院撤銷改判。』壹、七記載『上訴駁回（附表五編號1、3 、 5 至34〈即附表一編號1 、 3 、 5 至32，附表二，附表三編號1〉）部分：（一）原審同上認定，以被告此等部分犯行均事證明確，而適用刑法第336 條第2 項、第216 條、第215 條、（修正前）第55條後段、（修正前）第56條、（修正前）第339 條第1 項等規定，並審酌被告本應忠於職守，竟貪圖私利，藉職務之便侵

占貿聯公司（即貿聯有限公司之簡稱，下同）之退稅款及公積金，且向該公司代表人詐欺浮報貨款，行為可訾，兼衡素行、智識、生活狀況及犯罪之動機、目的、手段、危害重大、期間甚長、犯後坦承部分犯行之態度，暨案發之初尙與貿聯公司代表人洽商和解賠償部分款項等一切情狀，分別量處如附表五編號1、3、5至34所示「判決主文」之刑，並敘明公訴意旨認被告涉行使偽造私文書、偽造有價證券、填製不實會計憑證部分均不另爲無罪諭知之理由（詳下述）等旨。經核其認事、用法均無違誤，量刑亦稱妥適，應予維持。(二)被告雖執前詞提起上訴，惟業經本院（指原判決法院）逐一論駁如前，其上訴爲無理由，應予駁回。(三)檢察官上訴意旨雖認被告就附表五編號1、3、5至32部分擅自製作暨行使貿聯公司提款單，又就附表五編號33、34部分擅自開立暨行使貿聯公司支票，應涉犯行使偽造私文書及偽造有價證券罪嫌云云，然此等部分均不構成犯罪，理由同上，茲不贅述；又檢察官上訴意旨雖認被告就附表五編號33部分，尙涉犯商業會計法第71條第1款之填製不實會計憑證罪嫌，惟觀諸檢察官所提出附表二各編號相對應之貿聯公司轉帳傳票（見偵續字附件卷附告訴理由十二狀之附件一至十二），該轉帳傳票所載之科目、金額，均與附表二各編號「貿聯公司應付廠商之金額」所示相符，亦即該轉帳傳票均爲貿聯公司會計人員依真正貨款支出金額而製作，並無填載不實之情形，再經逐一檢視檢察官上訴所指之「不實轉帳傳票」（見檢察官上訴書第4頁一即證物箱第4捆之證乙103、112、117、124、128、164、177、238至246、275至278），除上述正確之轉帳傳票外，仍未見有何「不實轉帳傳票」，縱令證人鍾清麗證述其曾依被告指示以不實會計科目記載上開浮報款，既無客觀事證相佐，亦難僅憑其單一證詞遽認被告成立此部分犯罪。從而，被告尙不構成此部分偽造私文書、偽造有價證券及填製不實會計憑證罪，原判決以公訴意旨認此部分與上揭附表一編號1、3、5至34所示業務侵占、詐欺取財及行使業務上登載不實文書部分，具有想像競合及牽連犯之裁判上一罪關係，而敘明不另爲無罪諭知之理由，並無違誤。檢察官猶執前詞提起上訴，乃無理由，應予駁回。』等語。是原判決就有關犯罪事實仍論以與第一審相同罪名，另認定被告所涉部分犯罪（附表五編號2、4、35至37部分）有中華民國96年罪犯減刑條例減刑之事由，第一審有漏未減刑，對被告不利，而予以撤銷；就檢察

官上訴則認無理由，而予以駁回。原判決既認定第一審判決認事用法並無違誤，並駁回被告及檢察官之上訴，撤銷則係因第一審判決未依法減刑，而理由亦未見敘述第一審判決有何適用法條不當情形，且認第一審判決『量刑亦稱妥適，應予維持。』竟於主文諭知被告『應執行有期徒刑捌年』較第一審諭知被告『應執行有期徒刑伍年陸月』爲重。原判決所適用之法條，形式上與第一審並無不同，仍適用刑法第336 條第2 項之業務侵占罪、修正前刑法第339 條第1 項之詐欺取財罪及刑法第216 條、第215 條之行使業務上登載不實文書罪，實質上認定之犯罪事實亦無增加，又無其他適用法條不當之情形。依上開說明，自有『不利益變更禁止』原則之適用，原判決論處較第一審爲重之刑度，自顯有刑事訴訟法第378 條所定判決不適用法則或適用法則不當之違背法令。四、案經確定。爰依刑事訴訟法第441 條、第443 條提起非常上訴，以資糾正。」等語。

本院按：刑事訴訟法第370 條規定：「由被告上訴或爲被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。前項所稱刑，指宣告刑及數罪併罰所定應執行之刑。第1 項規定，於第一審或第二審數罪併罰之判決，一部上訴經撤銷後，另以裁定定其應執行之刑時，準用之。」故本法第370 條第2 項、第3 項，已針對第二審上訴案件之定應執行刑，明定有不利益變更禁止原則之適用。由本法第370 條第1 項前段反面解釋，倘係檢察官對被告之不利益提起上訴：(一)、其上訴有理由者，則在被告未提起上訴時，第二審自得撤銷第一審判決而諭知較重之刑。(二)、於被告亦提起上訴然無理由者，第二審若認檢察官上訴主張第一審判決適用法條不當或量刑過輕有理由時，亦得撤銷第一審判決並改判較重之刑。(三)、被告並未提起上訴，但檢察官之上訴無理由者，苟第一審判決並無適用法條不當而撤銷之情形，第二審即不得諭知較第一審判決爲重之刑。(四)、於被告亦提起上訴，然檢察官僅以第一審量刑過輕提起上訴而無理由者，第二審自不得諭知較第一審判決爲重之刑。但如第一審判決有適用法條不當而撤銷之情形，則不在此限。(五)、於被告亦提起上訴，然檢察官僅以第一審適用法條不當提起上訴而無理由者，第二審自不得諭知較第一審判決爲重之刑。(六)、於被告亦提起上訴，然兩造上訴均無理由者，若第一審判決並無適用法條不當而撤銷之情形，第二審亦不得諭知較第

一審判決爲重之刑。至認定第二審上訴有無理由，一般取決於判決主文，因科刑判決之主文，係取捨證據、認定事實、適用法律之結果，以確認國家對被告犯罪事實之刑罰權存在及所論處之罪名、應科之刑罰等具體刑罰權之內容，是確定科刑判決之實質確定力，僅發生於主文。若主文未記載，縱使於判決之事實、理由已認定被告之犯罪事實，仍不生實質確定力，即不得認已判決，而屬漏未判決應補行判決之問題，該漏判部分，則既未經判決，自不發生判決確定之情形，依法不得提起非常上訴；此與判決主文、事實已有敘及，而理由內未加說明之理由不備，或主文記載與事實、理由之認定不相一致之理由矛盾之違背法令，對於刑罰權對象之犯罪事實範圍同一性不生影響，無礙於判決之確定，得賴提起非常上訴救濟之情形不同。經查：本件第一審判決認定被告張啓賢係犯刑法第336 條第2 項之業務侵占罪、修正前同法第339 條第1 項之詐欺取財罪及同法第216 條、第215 條之行使業務上登載不實文書罪。主文則諭知「張啓賢犯第一審判決附表（下稱第一審附表）一、三各編號主文欄所示之罪，各處第一審附表一、三各編號主文欄所示之刑，又犯第一審附表二主文欄所示之罪，處第一審附表二主文欄所示之刑，應執行有期徒刑伍年陸月。其餘被訴部分均無罪。」被告及檢察官均不服該判決提起上訴，經臺灣高等法院105 年度上訴字第749 號判決（下稱原判決）就被告上訴部分中之關於第一審附表一編號2 、4 及第一審附表三編號2 、3 、4 部分均撤銷，其主文第1 至4 項則諭知「原判決（即第一審判決）關於第一審附表一編號2 、4 及第一審附表三編號2 、3 、4 部分均撤銷。張啓賢犯如原判決附表（下稱附表）五編號2 、4 、35、36、37所示之罪，各處如各該編號所示之刑，並減刑如各該編號所示；其中附表五編號35、36、37部分，易科罰金之折算標準及沒收均如各該編號所示，所減得之刑應執行有期徒刑7 月，如易科罰金以新臺幣1,000 元折算1 日。其他上訴（即第一審附表一編號1 、3 、5 至32、第一審附表二、第一審附表三編號1 、第一審附表四部分）駁回。上開撤銷改判之附表五編號2 、4 與上訴駁回關於有罪部分所處之刑（如附表五編號1 、3 、5 至34所示），應執行有期徒刑8 年。」而原判決就本件犯罪事實乃論以與第一審相同罪名（見原判決理由壹、七、（一）），另認定被告所涉如原判決附表五編號2、4、35至37部分之犯罪，有中華民國96年罪犯減刑條例減刑之事由，第一

審有漏未減刑，對被告不利予以撤銷（見原判決理由壹、六、（一））；對於檢察官上訴則認無理由，而予以駁回（見原判決理由壹、六、（四）<sup>③</sup>及七、（三））。又檢察官上訴意旨固另認第一審關於被告定應執行5年6月部分顯然過輕，有違比例原則（見原判決卷一第178頁），然原判決就此部分未交代第一審關於定應執行刑部分究有何違法或不當而應予撤銷之理由，又因其主文並未撤銷第一審判決關於應執行刑部分，自不能認係漏未判決，僅能認屬判決理由不備。原判決就此既認定第一審判決認事用法均無違誤，並駁回被告及檢察官關於此部分之上訴，撤銷部分則係因第一審判決未依法減刑，並改判較第一審判決為輕之刑期，理由亦未敘述第一審判決有何其他違法或不當情形。則於檢察官對被告之不利益提起上訴，被告亦提起上訴，而原判決認其等上訴均無理由時，竟於其判決主文第4項就撤銷改判之原判決附表五編號2、4與上訴駁回關於有罪部分所處之刑（如原判決附表五編號1、3、5至34所示）部分，諭知「應執行有期徒刑8年」，其主文第4項所定應執行刑顯較第一審判決為重，自有違不利益變更禁止原則，而屬違背法令。案經確定，且不利於被告。非常上訴意旨，執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決附表五編號1至34定應執行之刑部分撤銷，另行判決如主文第2項所示，以資救濟。據上論結，應依刑事訴訟法第447條第1項第1款，刑法第51條第5款，判決如主文。

中 華 民 國 107 年 10 月 31 日

最高法院刑事第四庭

審判長法官	王	居	財
法官	蘇	振	堂
法官	鄭	水	銓
法官	楊	真	明
法官	謝	靜	恒

本件正本證明與原本無異

中 華 民 國 107 年 11 月 5 日

書記官