

裁判字號：最高法院 101 年台上字第 5182 號刑事判決

裁判日期：民國 101 年 10 月 11 日

裁判案由：違反貪污治罪條例

最高法院刑事判決 一〇一年度台上字第五一八二號

上訴人 何松旺

選任辯護人 姜禮增律師

上訴人 葉榮宗

選任辯護人 陳鄭權律師

上訴人 鍾國祺

選任辯護人 張堂欽律師

上列上訴人等因貪污治罪條例案件，不服台灣高等法院中華民國一〇一年四月十一日第二審更審判決（九十九年度重上更(三)字第一〇〇號，起訴案號：台灣新竹地方法院檢察署九十一年度偵字第七〇八六號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，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。本件原審審理結果，認為上訴人何松旺行為時任新竹縣北埔鄉（下稱北埔鄉）鄉長，葉榮宗為該鄉公所秘書，與非公務員鍾國祺共犯貪污治罪條例之犯行明確，因而撤銷第一審科刑之判決，變更檢察官所引起訴法條，經比較新舊法律，改判論處何松旺、葉榮宗共同犯上開條例之不違背職務要求賄賂罪刑，及論處鍾國祺共同與公務員犯同條例之不違背職務要求賄賂罪刑，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，並就上訴人等否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述。查(一)、有罪科刑或免刑之判決，法院得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條，為刑事訴訟法第三百條所明定；此所謂得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條，係指法院於不妨害事實同一之範圍內，即得自由認定事實而為適用法律而言。良以犯罪乃侵害法益之行為，犯罪事實自屬侵害性之社會事實，亦即刑法加以定型化之構成要件事實，故此所謂「同一性」，應以侵害性行為之內容是否雷同，犯罪構成要件是否具有共通性（即共同概念）為準，若二罪名之構成要件具有相當程度之脗合而無罪質之差異時，即可謂具有同一性。「公務員對於職務

上之行為，要求賄賂罪」與「公務員藉勢勒索財物未遂罪」，俱係公務員以不法手段憑藉職務上之權勢權力，向相對人索求交付財物之單方意思表示，其客觀構成要件之主要事實雷同，僅施用手段之程度略有差異而已（即前者屬於和平手段，後者則可能使相對人發生畏怖心），二罪復同為侵害國家法益之犯罪，罪質尚無差異，應認為具有同一性。從而，原判決將起訴書所引貪污治罪條例第四條第一項第二款、第二項藉勢勒索財物未遂罪法條，變更為同條例第五條第一項第三款，論以對於職務上之行為，要求賄賂罪，尚難謂有刑事訴訟法第三百七十九條第十二款所定訴外裁判之違法。又原審已踐行罪名變更之告知程序，有審判筆錄可稽。葉榮宗上訴意旨謂，原判決有訴外裁判及原審漏未履踐告知變更罪名程序之違誤，核非有據。

（二）、私人錄音、錄影之行為，雖應受刑法第三百十五條之一與通訊保障及監察法第二十九條第三款之規範，但其錄音、錄影所取得之證據，則無證據排除法則之適用。蓋我國刑事訴訟程序法（包括通訊保障及監察法）中關於取證程序或其他有關偵查之法定程序，均係以國家機關在進行犯罪偵查為拘束對象，對於私人自行取證之法定程序並未明文。私人就其因犯罪而被害之情事，除得依刑事訴訟法第二百十九條之一至第二百十九條之八有關證據保全規定，聲請由國家機關以強制處分措施取證以資保全外，其自行或委託他人從事類似任意偵查之錄音、錄影等取證之行為，既不涉及國家是否違法問題，則所取得之錄音、錄影等證物，如其內容具備任意性者，自可為證據。又私人將其所蒐取之證據交給國家作為追訴犯罪之證據使用，國家機關只是被動地接收或記錄所通報即將或已然形成之犯罪活動，並未涉及挑唆亦無參與支配犯罪，該私人顯非國家機關手足之延伸，是以國家機關據此所進行之後續偵查作為，自具其正當性與必要性。而法院於審判中對於私人之錄音、錄影等證物，以適當之設備，顯示其聲音、影像，乃係出於刑事訴訟法第一百六十五條之一第二項規定之法律授權，符合法律保留原則之要求，至於利用電話通話或兩人間之對（面）談並非屬於秘密通訊自由與隱私權等基本權利之核心領域，故國家就探知其談話內容所發生干預基本權利之手段（即法院實施之勘驗）與所欲達成實現國家刑罰權之公益目的（即證明犯罪），兩相權衡，國家公權力對此之干預，尚無違比例原則，法院自得利用該勘驗結果（筆錄），以作為證據資料使用。卷查葉榮宗於民國九十一年十月七日在其辦公室已向華洲營造股份有限公司（下稱華洲公司）工地主任林信成要求賄賂新台幣（下同）二百萬元，林信成於層報後，該公司決定於同年九月九日由林信成及其協力廠商裕程營造有限公司股東吳榮州向葉榮宗虛與期約，並擇日由林信成與葉榮宗洽談付款細節時予以錄音存證。同年十二月二十一日，林信成及華洲公司吳榮鑫前往北埔鄉公所與葉榮宗談妥交款日期（九十一年十月二十四日、同年十二月四日分二次，每次各交付一百萬元），葉榮宗則表示屆時將由鍾國祺依約定之方式取款，林信成於面談時當場私密錄音蒐證，再由吳榮州於翌（二十二）日持該錄音帶

向法務部調查局東部地區機動工作組（下稱調查局）報案檢舉。調查局人員則提供相關設備，由吳榮州等人於實際付款時錄影、錄音以保全證據，台灣新竹地方法院檢察署檢察官亦因此核發通訊監察書，據以監察葉榮宗之通訊內容。其中九十一年十月二十四日付款予鍾國祺之過程，並經吳榮州、吳榮鑫當場錄影、錄音。原審分別勘驗九十一年十月二十一日林信成所為之錄音與同年十月二十四日、同年十二月十日（原定四日付款，後改成十日交付）二次付款過程之錄音、錄影光碟（第二次付款係由調查局人員蒐證錄影）明確，製有勘驗筆錄可稽。依此情形，林信成與吳榮州、吳榮鑫等人所為之錄音、錄影，應屬其私人取證之行為，其等所取得之錄音、錄影等證物，自可為證據。至調查局人員雖有提供蒐證設備之情形，實因時程急迫，確有保全證據之必要性，吳榮州等人利用該設備蒐證，尚與所謂國家機關手足之延伸有別，檢、調機關接續之偵查作為，自具正當性。又吳榮州將林信成之取證錄音帶提供給調查局作為調查犯罪證據之用，經調查局人員將之譯成文字，係以「通訊監察報告」之形式表現，已據原判決依據卷內資料說明甚詳，則林信成之錄音取證行為，要無國家機關公權力之介入可言。原審勘驗各該錄音、錄影等證物之內容，符合法律保留與比例原則等諸項限制，原判決採為判斷之依據，即與證據法則無違。上訴意旨，或謂上開私人取證乃國家機關手足之延伸，或稱本件係調查局人員設局陷害，其取證違背正當程序，或漫指原審所勘驗林信成之錄音內容，為檢調機關違法取得之證據，或僅憑己見，以前述錄音、錄影之勘驗筆錄係違法取證下之衍生證據，破壞隱私權保護之期待，不具證據能力云云，執為指摘。揆之說明，自非適法之第三審上訴理由。(三)、被告以外之人於審判外之警詢或檢察事務官調查中所為之陳述，係以其之陳述具有可信性之情況保證等要件而予以肯認其得為證據，並非僅因被告在審判中已對該被告以外之人進行詰問而當然取得證據能力，此觀刑事訴訟法第一百五十九條之二規定甚明。同法第一百五十九條之一第二項檢察官訊問筆錄，則係鑒於我國檢察官依法代表國家偵查犯罪，依法有訊問證人、鑑定人之權，證人、鑑定人且需具結（此為日本法制所無），其可信性極高，在立法政策上特予承認其具有證據能力，於顯有不可信之情況，始例外否定其得為證據；此種證據須於法院審判中經踐行詰問程序在內之合法調查程序，始得作為判斷之依據，乃屬於人證之調查證據程序規定，與本條項係有關被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述之證據能力規定，應分別以觀。共犯被告在本質上兼具被告與證人雙重身分，偵查中檢察官以被告身分訊問共犯被告，就我國法制而言，固無令其具結陳述之問題，但當共犯被告陳述之內容，涉及另一共犯被告犯罪時，其證人之地位已然形成。此際，檢察官應將該共犯被告改列為共犯證人訊問，使其具結陳述，並應踐行告知證人得拒絕證言之相關程序權，其之陳述證言始符合刑事訴訟第一百五十九條之一第二項所定得為證據之傳聞例外，至於該未經具結之共犯被告之陳述，解釋上應類推適用（或

基於相同法理）同法第一百五十九條之三、第一百五十九條之二等規定，以該共犯被告於審判中不能傳喚，或其到庭具結陳述，但與先前偵查中之陳述不符時，必其先前之陳述具有絕對或相對可信性之情況保證及必要性之要件，始得作為證據，殊無僅憑共犯被告於審判中已具結陳述，並接受被告之詰問，或有不能傳喚之情形，即得謂其先前（未具結）之陳述具有證據能力之可言，否則偵查中之具結不啻形同具文。本件共犯被告葉榮宗於偵查中檢察官訊問時所為何松旺、鍾國祺涉嫌共同犯罪部分之陳述，檢察官並未改以共犯證人訊問，原判決以該葉榮宗已於審判中具結陳述（與偵查中之陳述不符），並接受何松旺、鍾國祺之詰問，乃謂其以共犯被告身分所為之該部分陳述，對何松旺、鍾國祺被訴之犯罪為有證據能力云云，揆之說明，容有未洽。惟證據適格與否，以自由證明為足。本院審酌葉榮宗於檢察官訊問時，其選任辯護人始終在場，故其自白之出於任意性，應足以擔保，而其之陳述，更與外國立法例上構成傳聞例外之「違反己身利益之陳述」情形相當。是其先前之陳述具有較可信之特別情況，且有使用該證據之必要性，自仍無損其得為證據之本質。從而原判決關此部分論述之瑕疵，即於判決本旨尚不生影響。上訴人等就此之得為證據各情，任意指摘，自難認為合法。(四)、葉榮宗於九十一年十二月二十日檢察官訊問時，其選任辯護人羅秉成律師始終陪同在場，即使檢察官於當日複訊時疏未踐行刑事訴訟法第九十五條規定之告知程序，然稽之卷內資料，葉榮宗於調查局人員借提初詢時，即已受告知其涉犯貪污治罪條例之罪及各項程序權，而在更早之同年月十一日訊問葉榮宗、鍾國祺時，檢察官更明確告知其等所犯為上開條例第四條第一項第二款、第五條等罪名及所享有之辯護權、緘默權等權利。況檢察官既已就犯罪嫌疑及所犯罪名之具體要件事實，為實質之訊問，並予葉榮宗、鍾國祺辯解機會，是該期日所踐行程序雖有瑕疵，仍無礙其防禦權之行使。再葉榮宗於陳述後，請求檢察官同意適用證人保護法相關規定，並要求與鍾國祺對質，檢察官乃命其二人為對質及於同年月三十日同意葉榮宗適用證人保護法第十四條第一項規定。此項法定寬典之適用，自與禁止之利誘，釐然有別。另上訴人等係起意索賄二百萬元在先，林信成等人始自行錄音蒐證並向調查局檢舉偵辦，自難認係陷害教唆。凡此各情，均據原審受命法官依據本院前次發回意旨，於準備程序勘驗各項蒐證資料，審理程序完盡。原判決依憑卷證資料論列說明其具備證據適格之理由，亦甚詳實。上訴人等就上引各節，徒憑一己之見，執為相左之評價，應無足取。(五)、華州公司因承包位於北埔鄉大湖村境內之「寶山第二水庫工程計劃～一號引水道隧道工程」，造成野溪、空氣嚴重污染，迭遭北埔鄉公所等主管機關取締開罰，乃由該公司總經理譚木榮、工地主任林信成等人於九十一年十月二日上午造訪何松旺、葉榮宗，何松旺並就後續相關事宜，責由葉榮宗與華州公司林信成等人為協調等情，為何松旺、葉榮宗所不否認。原判決綜合全案證據資料，本於調查所得，相互勾稽之結果，憑為判斷犯罪事

實，已記明其認定之理由。尤其關於葉榮宗如何要求賄賂及鍾國祺二次取款經過，並有錄音、錄影為據，而吳榮洲於九十一年十二月三日下午，以電話告知葉榮宗原定於翌（四）日交付之第二次賄款，擬更改為同年月十日付款時，葉榮宗立即轉告何松旺，何松旺於電話中並回稱：「不要講得太清楚啦」，亦有檢察官依法監聽所得之通訊監察譯文足佐。原判決因認葉榮宗要求之賄款二百萬元係出於何松旺所決定示意，其三人應負共同正犯罪責，但因華州公司實無交付賄賂之意，所為僅該當於職務上之行為要求賄賂。其論斷說明與卷內訴訟資料悉無不合，並不違背經驗與論理法則，適用法則亦無違誤。上訴意旨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，或對於事實審法院採證認事、取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己之說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。又葉榮宗於本院聲請調查證據，亦非法之所許。依上所述，本件上訴人等之上訴違背法律上之程式，俱應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 一〇一 年 十 月 十 一 日

最高法院刑事第七庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 呂 丹 玉

法官 李 嘉 興

法官 張 惠 立

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 一〇一 年 十 月 二 十 二 日

Q