

裁判字號：最高法院 104 年台上字第 2126 號刑事判決

裁判日期：民國 104 年 07 月 16 日

裁判案由：違反貪污治罪條例等罪

最高法院刑事判決 一〇四年度台上字第二一二六號

上訴人 張榮味

選任辯護人 顧立雄律師

高明哲律師

上訴人 陳秉立（原名陳河山）

選任辯護人 劉叡輝律師

張智學律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服台灣高等法院台南分院中華民國一〇三年六月二十四日第二審更審判決（一〇二年度重囑上更(三)字第四一號，起訴案號：台灣雲林地方法院檢察署九十三年度偵字第二五三六、二九六〇、三〇四〇、三〇七三號，九十三年度偵緝字第二二九號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院台南分院。

理 由

壹、本件原判決撤銷第一審關於上訴人張榮味、陳秉立（原名陳河山，下稱陳河山）科刑之判決，改判論處張榮味依據法令從事公務之人員，對於職務之行為，期約賄賂罪刑；論處陳河山依據法令從事公務之人員，對於職務之行為，收受賄賂罪刑，及連續隱匿因自己重大犯罪所得財物罪刑，固非無見。

貳、惟查：

一、被告以外之人所為之供述證據，究為傳聞或非傳聞，應求之待證事實與該一供述者之知覺間之關係如何為定，供述者所為知覺體驗之內容，以之為待證事實者，自非傳聞，若供述者僅係轉傳述與待證事實有直接知覺之人之見聞者，則為傳聞，是以同一供述證據之組合，可能涵括傳聞與非傳聞，應分別情形定其證據能力之有無。其中屬於傳聞供述者，因所述非其本人親自體驗經歷之事實，法院縱令於審判期日對該傳聞證人訊問，或由被告對其詰問，仍無從擔保其陳述內容之真實性。是審理事實之法院於調查證據，遇有傳聞供述之情形，即應究明原始證人是否存在，俾憑傳喚其到庭作證，使命具結陳述，並接受被告之詰問；因發見真實之必要，並得依刑事訴訟法第一百八十四條第二項之規定，命原始證人與傳聞證人為對質，其之調查證據始稱完備。倘若原始證人確有其人，但客觀上已不能受詰問，亦即有類如刑事訴訟法

第一百五十九條之三各款所列供述不能或傳喚不能或不為供述之情形者，則此傳聞供述，本諸刑事訴訟法第一百五十九條之三相同法理，於經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，宜解為例外賦予其證據能力，以補立法規範之不足。本件原判決認定達○○○服務股份有限公司（下稱達○公司）為取得雲林縣○○○○○焚化廠（下稱本焚化廠）經營權，由該公司總經理邢國樑透過徐治國及林清標行賄時任○○之張榮味新台幣（下同）三千萬元部分，其所引錄並採取之共同被告鄭炳煌於民國九十三年八月三日之偵查筆錄，以及共同被告朱國源於九十三年七月二十六日之調查及偵查筆錄，暨其採信鄭炳煌於偵查中供詞之說明（原判決第三四至三七頁、第四〇頁），就其二人所聽聞自邢國樑如何與張榮味達成期約賄賂之言詞而為之轉述部分，自屬傳聞供述。蓋本案待證事實為「張榮味有無與達○公司達成收受賄賂之合意」，則原審未遑釐清上開證人所為之證言組合，究竟何一部分為傳聞或非傳聞，已有未洽，復未曉諭檢察官聲請傳喚原始證人邢國樑到庭使張榮味及其辯護人究詰，或於邢國樑有傳喚或供述不能之情形，據以說明傳聞證人鄭炳煌、朱國源所為該部分之傳聞供述，如何符合刑事訴訟法第一百五十九條之三得為證據之理由，即遽認該等傳聞供述均有證據能力（原判決理由欄甲、五及六），採為判斷之依據，自與嚴格證明法則有違，併有調查證據未盡之違法。又原判決所引錄共同被告顏嘉賢稱其曾向黃輝強說「徐治國將你們公司的錢賺走了，『聽說○長很不高興』」以及共同被告黃輝強聽聞顏嘉賢上開陳述所為之轉述（原判決第五〇頁），就張榮味而言，同屬傳聞供述，其得否為證據，亦應依前揭說明為之判斷，同予指明。

- 二、具有共犯關係之共同被告（下稱共犯被告）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，涉及另一共犯犯罪時，就該另一共犯而言，其證人之地位已然形成。此際，檢察官為調查另一共犯犯罪情形及蒐集證據之必要，即應將該共犯被告改列為證人訊問，並應踐行告知證人得拒絕證言之相關程序權，使其具結陳述，其之陳述始符合刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項所定得為證據之傳聞例外。至於以共犯被告身分所為關於該他人犯罪之陳述，因不必擔負偽證罪責，其信用性顯不若具結證言，即與本條項規定之要件不符，惟衡諸其等於警詢或檢察事務官調查所為之陳述，同為無須具結，卻於具有特信性與必要性之要件時，即得為證據，若謂此偵查中之陳述，一概否認其證據能力，無異反而不如警詢之陳述，顯然失衡。從而，此未經具結之陳述，依舉輕以明重原則，本於同法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定之同一法理，得於具有相對或絕對可信性之情況保障，及使用證據之

必要性時，例外賦予其證據能力，俾應實務需要。此為本院一致之見解。依此，當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）之陳述即具有證據能力之可言。原判決就證人潘淑惠、黃輝強、顏嘉賢、朱國源、鄭炳煌、徐治國等人以共同被告身分向檢察官所為之陳述，以該等被告於審判時，已依證人程序為調查，乃認均有證據能力之說明（原判決理由欄甲、七），要非允當。

三、刑事訴訟法第一百六十五條之一第二項規定：「錄音可為證據者，審判長應以適當之設備，顯示聲音，使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認或告以要旨」，乃就新型態證據之開示、調查方法而為之規定；所謂「以適當之設備，顯示」，通常以勘驗為之，重在辨別錄音聲音之同一性，兼及錄音內容之真實性。調查犯罪機關於詢問被告以外之人依法定程序所為之錄音，嗣經法院依其勘驗錄音結果所製作之譯文，乃該錄音內容之顯示，此為學理上所稱之派生證據，雖屬於文書證據之一種，究仍不失為被告以外之人在審判外之陳述，其性質與調查犯罪機關當次所製作之詢問筆錄無殊，之所以有行勘驗之必要，側重在檢視該被告以外之人之陳述是否出於任意性，以及筆錄內所載之陳述與錄音之內容是否相符。該被告以外之人在審判外之陳述得否為證據，仍應依刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三或第一百五十九條之五等規定定之，要無可能僅因法院踐行上開勘驗調查證據程序，即得謂仍屬傳聞證據之譯文內容具有證據能力。原判決論處張榮味罪刑，係以證人徐治國於九十三年八月九日在法務部調查局中部地區機動工作組（下稱調查局）詢問時之陳述，為主要證據。徐治國該日所為之陳述為傳聞證據，要無疑義。原判決以：第一審九十四年八月一日勘驗徐治國九十三年八月九日調查局詢問筆錄錄音光碟，係法院以勘驗方式調查錄音證據，並製有勘驗筆錄在卷，則該次勘驗筆錄譯文記載已透過勘驗程序成為勘驗結果，屬法院勘驗所得，自得為證據等語（原判決理由欄甲、二）。不啻將傳聞證據之證據能力為與法院調查證據之方法混為一談，其採證法則之運用，自屬於法有違。

四、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，為傳聞證據，並無證據能力，此與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外，得為證據者迥異。故檢察官於偵查中對於證人之訊問，果未針對與主要待證事實有關之該證人在檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中之陳述為之，而僅包裹式地泛問以諸如「警詢筆錄是否實在？」之語，即令證人答稱：「實在。」鑒於此種概括式訊問之筆錄，並無任何意義可言，殊難遽認該證人先前在檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中之陳述已轉化為偵查筆錄之供述內容，而得適用刑事訴訟法第

一百五十九條之一第二項規定，認有證據能力。卷查，證人徐治國於九十三年八月九日及同年八月十日，以及證人朱國源於九十三年八月二日，分別經調查局詢問後，於同日接受檢察官複訊時，僅訊以：「你在今日於本署接受法務部調查局中部地區機動工作組調查所為之陳述是否實在？」一詞，雖均具結供稱：「實在。」等語（見九十三年度偵字第二五三六號卷^(四)第二三二、二三三、二三九、二四〇頁，卷^(三)第二六七、二六八頁），並於各該偵訊筆錄同時以括弧記載「檢察官逐字逐句告以訊（詢）問筆錄內容」等文句，然稽之各該調查局之詢問筆錄多達數頁，則檢察官究已否告知各該證人在調查局所為與主要待證事實有關之陳述內容，與此等概括式訊問證人之筆錄，得否足以使該等證人先前在調查局詢問所為之陳述，轉化為偵查筆錄，並適用刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項之規定，至有關係。原判決未先予究明釐清，即遽調上開證人於偵查中之上開陳述已具結，並無顯不可信之情況，乃認其有證據能力（原判決理由欄甲、六），已嫌速斷，復採為判斷張榮味犯罪事實之依據（原判決第三七頁第二九、三〇列，第五一頁第二九至三十一列，第五三頁第二五至二七列，第五四頁第二、三列），其此部分採證法則之運用，同有未合。

- 五、刑事訴訟，係追訴、處罰犯罪之程序；而刑事訴訟法即係規定如何追訴處罰犯罪之基本手續法，辦理刑事案件必須根據本法所定程序進行，始屬適法。刑事訴訟法第九十八條後段係屬禁止規範，禁止國家機關使用不正方法訊問被告，同法第一百條之一第一項則為誡命規範，要求國家機關訊問被告時應負錄音之作為義務，藉以確保其陳述之自由。證人保護法第十四條第一項、第二項明文容許一定刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中事先經檢察官之同意而供述其他共犯之犯罪事證或供述其犯罪之前手、後手或相關犯罪之網絡，而享有減免其刑或得為不起訴處分之寬典。所謂「事先經檢察官之同意」，以透過檢察官與被告或犯罪嫌疑人事前協商之結果居多，固屬於偵訊技巧「合法利誘」之範疇，乃偵查機關利用此擁有依法談判之籌碼，經常出現以小抓大，利用犯行較輕微之一方之指證，以破獲另一方之偵查手段。不過，因為指證之一方屬於目的性證人，享有減免其刑或免責之誘因，為確保檢察官事前與被告或犯罪嫌疑人進行協商，使其同意轉換為污點證人，供出共犯之犯罪事證或供述其犯罪之前手、後手或相關犯罪網絡之過程無違正當程序，除應依證人保護法施行細則第二十一條後段規定「檢察官同意者，應記明筆錄」，參照刑事訴訟法第一百條之一第一項之規定，除有但書所指急迫之情況，自仍應全程連續錄音，藉以確保指證者陳述之自由，並俾供事後檢驗未有違反正當法律程序之情事。如有違反，除應由檢察官舉證外，並有同法第一百五十八條之四規定之適用；若涉及指證者供述之任意性，

則應適用同法第一百五十六條第一項規定予以排除。經查：

- (一)、張榮味於原審辯稱：共同被告徐治國在九十三年八月九日以前之供述，均否認有代達○公司與張榮味達成期約、行求及交付賄賂情事，自該日之後即完全翻異前供，主要係因徐治國在當日接受調查局詢問之前，檢察官即私自與之就本案應如何供述進行協商，且該協商過程全未依刑事訴訟法第一百條及證人保護法施行細則第二十一條規定製作訊問筆錄，亦未依刑事訴訟法第一百條之一規定全程連續錄音，因認徐治國在九十三年八月九日以後之翻供，均係在無法擔保其未受檢察官不正方法影響下所為之陳述，應無證據能力等語。稽之案內資料，本件係第一審勘驗徐治國九十三年八月九日調查局詢問之錄音光碟，始發現有所謂檢察官事前與徐治國協商之情事，然此並未載明於偵查筆錄，其協商之經過亦未全程連續錄音，此據檢察官於第一審九十四年八月十一日審判程序所是承。茲九十三年八月九日檢察官與徐治國進行協商時，徐治國仍羈押中，嗣檢察官復起訴徐治國涉犯違背職務交付賄賂及洗錢等罪嫌，則徐治國在第一審判決前之陳述或不免受箝制，原審未深入調查檢察官運用證人保護法第十四條之減刑或免責規定作為交換條件之偵查作為，是否符合正當法律程序，而僅憑徐治國於第一審證稱：檢察官沒有威脅或利誘我，……，檢察官沒有拘束我的自由等語，即遽認徐治國於九十三年八月九日先後在調查局詢問及檢察官訊問所為之陳述有證據能力。此與僅憑負責偵訊被告之人員已證述未以不正方法取供之情形無殊，自難謂已盡調查之能事，並有判決理由欠備之違法。
 - (二)、陳河山於原審爭執同受證人保護法第十四條第一項規定優惠之黃輝強、潘淑惠、朱國源、徐治國等人，關於陳河山部分之陳述，亦有如前述之情形，原判決未先予調查審究、說明，同有違誤。
- 六、刑事妥速審判法第七條原規定自第一審繫屬日起已逾八年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，經被告聲請，法院審酌本條所列各款事項，認侵害被告受迅速審判之權利，情節重大，有予適當救濟之必要者，得酌量減輕其刑。一〇三年六月四日修正公布刑事妥速審判法第七條，將原專屬經被告聲請，法院始得審酌有無予以酌量減輕其刑之規定，修正為除仍保留被告之聲請權，並增訂法院應依職權審酌，及以本條之立法目的，係對速審權受侵犯之被告，給予其減刑之補償，於法院對本條各款事由進行審酌後，確定被告速審權受有侵害且情節重大時，若仍由法院決定是否給予減刑之補償，即有可能發生「被告速審權受有侵害且情節亦屬重大，卻無法受到本條減輕刑責補償」之現象，顯與本條之立法目的有所扞格，因而將原規定「得酌量減輕其刑」，修正為「應減輕其刑」，以落實就久懸未結案件，從量刑補償機制予被告一定之救濟，俾保障被告受妥速審判之權利。

經查本件係於九十四年一月十七日繫屬於第一審法院，迄原審法院一〇三年六月二十四日判決，為已逾八年未能判決確定之案件，原審判決時，刑事妥速審判法第七條既已修正公布，原審未適用上開規定依職權審酌，其適用法則當然違背法令。

- 七、洗錢行為之防制，旨在避免追訴、處罰而使其所得財物或利益之來源合法化。是洗錢防制法第十一條第一項、第二項之洗錢罪，依同法第一條、第二條之規定，應以行為人是否有為逃避或妨礙所犯重大犯罪之追查或處罰之犯意，並有為逃避或妨礙該重大犯罪之追查或處罰之行為，始克相當。因之，是否為洗錢行為，自應就犯罪全部過程加以觀察，包括有無因而使重大犯罪所得之財物或財產上利益之性質、來源、所在地、所有權或其他權利改變，因而妨礙重大犯罪之追查或處罰，或有無阻撓或危及對重大犯罪所得之財物或財產上利益來源追查或處罰之行為在內。原判決既認定陳河山係向其堂弟陳○○之妻李○○、其妻蘇○○、小姨子蘇○霞、洪○○、陳○卿等人借用帳戶，以供匯入賄款之用，而有如原判決附表五編號 2、4、5、7①②及8等分別由潘淑惠簽發支票交由陳河山夫婦或其親友以上開帳戶兌領等情。如果所認無誤，則上開兌領匯款之作為，是否旨在避免追訴、處罰，而使其所得金錢之來源合法化，或改變其財產之本質，而該當於洗錢防制法第二條之洗錢行為，抑或僅係行為人對犯特定重大犯罪所得之財產或利益作直接使用或消費之處分行為，原判決並未進一步詳為說明，遽論陳河山本件洗錢犯行，自尚嫌速斷。
- 八、有罪之判決書，對於認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，與對被告有利之證據不予採納之理由，均應於理由內分別加以記載，否則即有判決不載理由之違背法令。經查：
- (一)、原判決理由欄乙、貳、二之(四)，引述證人鄭炳煌於偵查及第一審，證人朱國源在調查局及偵、審中之證言，資為證人徐治國供陳達○公司為取得本焚化廠經營權，委由其於八十九年十月五日前一個月內某日行賄張榮味三千萬元，並給付林清標三千萬元以擺平黑道之依據。然依原判決所引朱國源在調查局之筆錄，雖有提及曾見過林清標二次面，林清標並將其陪侍在旁小弟的行動電話交給他，以便聯繫等情（原判決第三七頁），惟此與林清標於第一次更審前原審所證其不認識朱國源等語（原審上訴卷(一)第一二六頁），顯有未符。另原判決就徐治國於第一審證稱：「邢國樑、朱國源做金錢往來，沒有具體數字，伊答應張榮味的賄賂後，再到邢國樑辦公室與邢國樑、朱國源獲得確認」等語（原判決第四六頁），然朱國源似並未證稱其曾接獲徐治國報告張榮味答應接受賄賂，是徐治國與朱國源、邢國樑間有無就行賄張榮味之金額為具體商議？徐治國與張榮味為行求期約之合意後，有無向邢國樑及朱國源報告？林清標之上開證詞如何不足為有利

張榮味之認定，徐治國與朱國源前後不一之證言，原判決悉未說明取捨之理由，均有判決理由不備之違法。

(二)、原判決事實欄四、記載「本焚化廠案，係由達○○○服務股份有限公司之母公司台○○○股份有限公司領銜，而與榮○○○股份有限公司、法國○○○○公司等所組成之達○投標組一家廠商投標、得標。」（原判決第三頁）。惟於理由欄乙、貳二之(一)所引鄭炳煌之證詞，卻稱「達○公司係台○公司的子公司，達○投標組合，係由台○公司、法商○○○公司、榮○公司等3家組成，台○公司領銜負責參與投標。」（原判決第三0頁），關於本案達○投標組合究係由「法國○○○○公司」或「法商○○○○公司」共同組成，原判決事實、理由之記載，相互齟齬。又判決理由欄甲、四指「公訴人提出之如附表所示非供述證據編號第86號即法務部調查局……，有證據能力」（原判決第一七頁），惟附表所示非供述證據編號第86號並非原判決所指述之該項證據；另關於達○公司支付潘淑慧本案之土地價金第二期款中其所預借一百萬元之日期，究係「九十年八月二十七日」或「九十年八月十七日」，而支付尾款日期究係「九十一年十一月五日」抑或為「九十一年十月二十日」，原判決事實與理由之記載，前後不一致，均有判決理由矛盾之違誤。

(三)、原判決既認定尚難僅憑徐治國之唯一證述，遽以推論呂昆展係受張榮味授權委託其收受賄款，且依徐治國於原審之證詞（原審卷(一)第二三三頁反面至二三五頁），其對於呂昆展是否有受張榮味委託代取賄款一事並不確定，衡諸常情，徐治國既已將先前自達○公司收受之七千萬元，花用殆盡，對於非本案之關係人前來要求給付賄款，理應詳加思量，惟原判決卻僅憑徐治國一人之說詞，遽以認定徐治國經呂昆展催討後，即將一千萬元賄款匯出其收受，並逕予推論張榮味確有與達○公司達成期約賄賂之意思表示合致，理由尚嫌未盡。另呂昆展不能到庭之原因是否仍存在，於更審時應併予審究。

參、以上，或為上訴人二人之上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，上開違背法令影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。又原判決不另為無罪諭知部分，基於審判不可分原則，應併予發回，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 一〇四 年 七 月 十六 日

最高法院刑事第三庭

審判長法官 賴 忠 星

法官 蘇 振 堂

法官 呂 丹 玉

法官 林 恆 吉

法官 吳 燦

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 一〇四 年 七 月 二十 二 日
G

資料來源：司法院法學資料檢索系統