

裁判字號：最高法院 96 年台上字第 5829 號刑事判決

裁判日期：民國 96 年 10 月 31 日

裁判案由：貪污等罪

最高法院刑事判決 九十六年度台上字第五八二九號

上訴人 甲○○

巷1號

選任辯護人 林慶雲律師

陳裕文律師

侯勝昌律師

上訴人 乙○○

丙○○

丁○○

共 同

選任辯護人 許清連律師

李錦臺律師

上訴人 戊○○

選任辯護人 蘇吉雄律師

陳雅娟律師

李衍志律師

上列上訴人等因貪污等罪案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國九十六年二月八日第二審更審判決（九十五年度上更(一)字第二九四號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十一年度偵字第六〇六六、六〇六七、六〇六八、六〇六九、六〇七一、二三三三四號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院高雄分院。

理 由

本件原判決撤銷第一審關於上訴人乙○○、丙○○、甲○○、丁○○部分及戊○○對於違背職務之行為收受賄賂部分之科刑判決，改判仍就違背職務收受賄賂部分，分別依牽連犯從一重均論處乙○○、丙○○、甲○○、丁○○連續依據法令從事公務之人員，對於違背職務之行為，收受賄賂罪刑；及論處戊○○依據法令從事公務之人員，對於違背職務之行為，收受賄賂罪刑。並就對於職務上之行為收受賄賂部分，分別論處乙○○、丁○○連續依據法令從事公務之人員，對於職務上之行為，收受賄賂罪刑；論處甲○○依據法令從事公務之人員，對於職務上之行為，收受賄賂罪刑；及依牽連犯從一重論處丙○○連續依據法令從事公務之人員，對於職務上之行為，收受賄賂罪刑，並均各為相關從刑之諭知；固非無見。

惟查：(一)、當事人、代理人或辯護人於調查證據時，明知有刑事

訴訟法第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，為使訴訟程序進行順暢，視為已就該傳聞證據同意作為證據；但此項擬制同意須兼具「知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形」及「未於言詞辯論終結前聲明異議」二要件，始得例外認該傳聞證據得為證據。又第一審法院審理時以被告以外之人於審判外之陳述符合擬制同意之要件，認該被告以外之人於審判外陳述有證據能力，如案經上訴或發回更審時，當事人、代理人或辯護人於第二審法院調查證據時，以被告以外之人於審判外之陳述作為證據提出異議，基於訴訟程序安定性、確實性之要求，原傳聞供述所賦予證據能力之效果，原則上應不生影響，惟第二審採覆審制，第二審法院之審判，為第一審法院之覆審，依刑事訴訟法第三百六十四條規定「第二審之審判，除本章有特別規定外，準用第一審審判之規定」，衡以第一審審理時，明示同意以被告以外之人於審判外之陳述作為證據，嗣經當事人、代理人或辯護人撤回同意，如法院尚未進行該證據之調查，而他造當事人復未提出異議，且法院認為撤回同意係屬適當時則可准予撤回。則擬制同意後提出異議，能否視為撤回，亦應為相同之處理。此於第一審或案經上訴或發回更審時，均應同視，以兼顧傳聞供述原不具證據能力之本質及貫徹直接言詞審理之精神暨被告權益之保障。證人呂明輝於高雄市調查處之供述筆錄，乃屬審判外之陳述，依法並無證據能力，雖於第一審法院審理時，甲○○及其辯護人於調查證據時，明知有刑事訴訟法第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議，第一審視為已就該傳聞證據同意作為證據，惟甲○○於原法院上訴審民國九十三年六月二日「刑事準備書暨調查證據聲請狀」陳稱：證人呂明輝於法務部調查局之筆錄乃屬審判外之陳述，依法並無證據能力，其於第一審審理時雖未為異議，於原審仍可予以爭執云云（見原法院上訴審卷一第一二〇頁）。原上訴審判決理由謂「證人呂明輝前關於調查局之筆錄，經原審調查證據時，被告及辯護人知有刑事訴訟法第一百五十九條第一項之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議，自應視為同意作為證據」（見原法院上訴審判決第三一頁），仍就呂明輝之調查筆錄採為論罪之依據。嗣於原審準備程序中，甲○○復再次提出「準備書續狀」明確對呂明輝於高雄市調查處之供述筆錄作為證據一節，聲明異議（見原審卷<二>第二六二頁），原判決理由謂「證人呂明輝前關於調查局之筆錄，於本院言詞辯論終結前，被告及辯護人知有刑事訴訟法第一百五十九條第一項之情形，而未聲明異議，本院審酌證人於為言詞陳述時已表明係主動到案陳述事實等情況，認採為證據適當，自應視為同意作為證據」（見原判決第二八、二九頁）；仍以呂明輝之調查筆錄採為論罪之依據。然原判決就如何審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，係具供述之任意性、證據取得之合法性、供述內容之可信性及證明待證事實之必要關聯性等，合於一般供述證據之採證基本條件，認為適當，而得採為論證之證據資料？甲○○上述於上訴審、原審爭執其

證據能力，有無可取？俱未為審認說明，難謂無理由不備之違誤。本院前次發回意旨已指明，瑕疵依然存在，自有可議。(二)、於各被告之案件，對其他共同被告或共犯為調查，該人即屬證人，應依人證之調查程序為之，命其立於證人地位而為陳述，共同被告對於被告本人之案件，乃被告以外之第三人，本質上為證人，依刑事訴訟法第一百五十八條之三及第二百八十七條之二規定，自應準用人證之規定踐行調查程序，始得以其陳述作為判斷被告本人犯罪事實之依據。此乃證據絕對排除法則，於偵查中或審判中均有適用。共同被告出於任意性之自白，對共同被告本人固有證據能力，然此與其先前陳述得作為認定其他被告犯罪事實之判斷依據，係屬二事，亦即其於審判外非立於證人地位所為之陳述，何以具有證據能力，應依傳聞法則加以說明。準此，有關共同被告於審判外陳述之證據能力，應回歸至刑事訴訟法第一百五十九條以下之規定，其陳述等同「被告以外之人於審判外之陳述」，其證據能力之有無應依傳聞法則之規定予以認定。原判決以「至於同法第二百八十七條之二則係指「法院」就「被告本人之案件」調查共同被告時，該共同被告應準用有關人證之規定者而言，是如非於法院審判中就被告本人之案件而為調查，即無該條規定之適用，自不得以共同被告於司法警察調查時或檢察官偵訊時未依人證之規定踐行具結程序，遽認其供述不具證據能力云云（見原判決第一九頁第五行至第十行），依上開規定及意旨，顯有判決不適用法則之違法。(三)、證人恐因陳述致自己或與其有刑事訴訟法第一百八十條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，同法第一百八十一條定有明文。證人此項拒絕證言權（選擇權），與被告之緘默權，同屬其特權，旨在免除證人因陳述而自入於罪，或因陳述不實而受偽證之處罰，或不陳述而受罰鍰處罰，而陷於困境。為確保證人此項拒絕證言權，九十二年二月六日修正公布之刑事訴訟法第一百八十六條第二項，增訂法院或檢察官有告知證人之義務。此項規定係為保護證人而設，與同法第九十五條第二款規定「訊問被告應先告知得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」，固均屬不自證己罪之範疇。然被告本無自白犯罪之義務，故得以「被告」身分，而概括行使其緘默權，拒絕回答檢察官或法官之任何問題；證人則有到場接受訊問，陳述自己所見所聞具體事實之義務。證人陳述是否因揭露犯行而自陷於罪，得以行使其拒絕證言權，必須到場接受訊問後，針對所訊問之個別具體問題，逐一分別為主張，不得以陳述可能致其受刑事追訴或處罰為理由，而概括拒絕回答一切問題，以致妨害真實之發現。證人針對個別問題主張行使拒絕證言權，其拒絕證言之許可或駁回，依同法第一百八十三條第二項規定，應由審判長、受命法官或檢察官為決定，非證人所得自行恣意決定，亦非謂證人一主張不自證己罪，法院或檢察官即應准許之。卷查，審判長於原審審判期日調查證據，告知證人即同案被告戊○○、丁○○、丙○○、乙○○、甲○○有刑事訴訟法第一百八十一條之情形，作證可能涉受刑事追訴或處罰，得拒絕證言，並問：「同

案被告戊○○、丁○○、丙○○、乙○○、甲○○因違反貪污治罪條例等案件，是否願意具結作證？」，戊○○、丁○○、丙○○、乙○○、甲○○均答稱：「不願意」（見原審卷<二>第二三二頁），即未使令戊○○、丁○○、丙○○、乙○○、甲○○立於證人之地位為陳述並接受上訴人及辯護人之詰問。揆諸上開說明，戊○○、丁○○、丙○○、乙○○、甲○○概括行使其拒絕證言權，於法即有未合。(四)、刑事訴訟法採直接審理主義，故採為判決基礎之證據資料，必須經過調查程序而顯現出於審判庭者，始與直接審理主義相符，否則其所踐行之訴訟程序即屬違背法令；依九十二年九月一日施行之刑事訴訟法第一百六十四條規定：審判長應將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認。同法第一百六十五條第一項規定：卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，審判長應向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨。是審判長於審判期日調查證據，應就物證及筆錄或文書證據向當事人、代理人、辯護人或輔佐人提示、宣讀或告以要旨，其訴訟程序始為合法。上開規定依同法第三百六十四條，復為第二審審判所準用；因之第二審法院自應踐行該項程序，使被告及辯護人等瞭解該證據之內容及意義，並為充分之辯論，始得採為判決之基礎；倘未依法向被告或辯護人宣讀、提示或告以要旨，均係違背同法第一百五十五條第二項：「未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」之規定，自有應於審判期日調查之證據未予調查之違法，若仍採為裁判之基礎，該判決當然為違背法令。又審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證，復於刑事訴訟法第四十七條規定甚明。卷查，原判決採為判決基礎之相關證人陳信男、吳振江、孫東海、黃清富、李德宏、李文憲、馬小卿、歐英順等人之供述證據資料，依原審九十六年一月二十五日審判筆錄之記載，審判長均僅籠統詢問檢察官、被告及其選任辯護人：「對證人○○○之證述有何意見？（提示並告以要旨）」（見原審卷<二>第一八四至二三二頁），俱未具體指明該證人究係於調查、偵查、一審、上訴審或原審之何種證述，致被告及辯護人等無法辨認、瞭解該證據之內容及意義，並為充分之辯論，不當剝奪被告之訴訟防禦權，原判決遽採前開證據資料，作為判決之基礎，自屬於法有違。另就證人呂明輝於法務部調查局高雄市調查處（下稱高雄市調查處）之筆錄漏未於審理期日踐行調查程序，依法向當事人提示並宣讀或告以要旨，使上訴人等得就該部分為充分之辯論及防禦，即採為判決基礎，其所踐行之訴訟程序，亦有違誤。(五)、科刑判決所認定之事實，與其所採用之證據不相適合，即屬證據上理由矛盾。其認定事實與卷證資料不符，亦有證據上理由矛盾之違誤。原判決認定證人即考生顏茂雄為順利考取駕照，乃基於行賄之犯意，交付新台幣（下同）一萬二千元予某不詳姓名年籍之成年男子，並輾轉經由李文欽及陳信男，交付五千元之賄款予甲○○，希求能順利考取駕照。甲○○收受前開賄款後，於八十四年十一月二日擔任顏茂雄參加小型車駕駛執照考試之筆試考驗員時，因顏茂雄應考狀況良好，甲○○

並未違背職務配合或予指導、協助顏茂雄考取駕照之情（見原判決第一一、一二頁）。據顏茂雄於九十一年五月二日在高雄市調查處詢問時稱「路考部分我比較有把握，但筆試部分因為比較深的字看不懂，該名男子叫我放心應試，只要給他新台幣一萬二千元，他就可以幫我順利通過考試取得汽車駕照，經我同意後就如數將一萬二千元交給該名男子」等語；而證人曾家然於偵查中證述：「監考考生呂明輝筆試轉交五千元給甲○○」等語；證人陳信男於九十一年四月二十二日高雄市調查處詢問時則供稱「（提示，□／2顏茂雄、P、皓、隆、R、興，上述扣押物桌曆中，你所親筆登載之字義及涉嫌行、受賄之不法詳情為何？）係指八十四年十一月二日上午，考生顏茂雄考照時，由乙○○、甲○○為筆試主、監考員，余東興擔任路考監考員，我一樣清楚記得，上述考生顏茂雄也是李文欽推介給我，透過我做白手套以相同的行情分別向擔任筆試監考員的同事乙○○及甲○○兩人行賄，各平分得五千元，以三千元向路考監考員余東興行賄」等語。則依顏茂雄所證交付金額為一萬二千元，然依陳信男證述，轉交考生顏茂雄筆試監考官二人各五千元，路考官三千元，合計為一萬三千元，金額已不相符；無論不詳姓名年籍之成年男子或輾轉經手之李文欽及陳信男，勢無收受一萬二千元，而交付超出一萬二千元款項之可能。原判決所認定之事實，與其所採用之證據不相適合，即屬證據上之理由矛盾。(六)、有罪判決書所記載之犯罪事實，為論罪科刑適用法律之基礎，故凡於適用法律有關之重要事項，必須詳加認定，明確記載，然後於理由內敘明犯罪事實所憑之證據及認定之理由，始足為適用法律之依據。原判決事實欄載稱乙○○、丙○○、甲○○、丁○○自八十四年間起，分別擔任考生向高雄市政府建設局高雄市監理處報考汽車駕駛執照考試之主、監考人員，收受考生之賄賂，而於主、監考時予以放水，其中：(1)宋國彥為能順利考取領得駕駛執照，交付一萬五千元予綽號「客茂」之不詳姓名年籍之人，輾轉透過李文欽及陳信男，交付三千元之賄款予乙○○，乙○○基於收受賄賂之犯意，於八十四年九月二十七日擔任宋國彥參加小型車駕駛執照考試之路考考驗員及監考員時，違背職務於路考前指導宋國彥路考應特別注意之一些應考技巧，使宋國彥能成績及格通過路考，因此順利考取駕駛執照（見原判決第四頁）；收受李文欽、陳信男交付之五千元後，於八十四年十一月二日擔任顏茂雄參加小型車駕駛執照考試之筆試監考員時，因顏茂雄應考狀況良好，乙○○並未違背職務配合或協助顏茂雄考取駕照（見原判決第四、五頁）；及於九十一年三月一日擔任大貨車駕駛執照考試之路考監考員時，又承前收受賄賂之概括犯意，於未違背職務之情形下，依約配合馬志良考取駕照，而陳月珠事後則於監理處之福利社內交付約定之五千元予乙○○收受（見原判決第五頁）。(2)丙○○收受李文欽透過陳信男交付五千元賄款後，乃於八十四年十月二十日擔任林陳桂枝參加小型車駕駛執照考試之筆試考驗員及監考員時，未違背職務而指導或協助配合林陳桂枝順利考取駕照」（見原判決第八頁

）；(3)甲○○收受李文欽透過陳信男交付五千元賄款後，於八十四年十一月二日擔任顏茂雄參加小型車駕駛執照考試之筆試考驗員時，因顏茂雄應考狀況良好，甲○○並未違背職務配合或予指導、協助顏茂雄考取駕照（見原判決第一一、一二頁）。(4)劉寶文前因報考普通小型車駕駛執照無法通過，經不詳姓名成年之男性監理黃牛介紹方素藝，方素藝透過黃春綿拜託丁○○配合協助，丁○○基於收受賄賂之犯意予以同意，嗣於九十一年三月十八日擔任普通小型車駕駛執照考試之路考監考員及考驗員時，未違背職務為指導、協助使劉寶文考取駕照，並收受約定交付之四千元（見原判決第十四、十五頁）各等情。乙○○、丙○○、甲○○、丁○○究竟如何分別「指導宋國彥應考技巧順利考取駕駛執照」（乙○○部分）、「配合或協助顏茂雄考取駕照」（乙○○部分）、「允諾協助馬志良考取駕照」（乙○○部分）、「指導或協助林陳桂枝順利考取駕照」（丙○○部分）、「配合或指導、協助顏茂雄考取駕照」（甲○○部分）、「配合指導、協助劉寶文考取駕照」（丁○○部分）？上開所謂「指示」、「配合」、「配合協助」或「配合指導、協助」之違背職務或職務上行為，僅空泛記載行為方式之名稱而已，語意含糊不清，其具體事實及內容各為如何，則未據原審逐為翔實記載認定，自無從單憑該記載，判斷乙○○、丙○○、甲○○、丁○○所為何以係屬違背職務或職務上行為，不足為適用法律之依據。本院前次發回意旨亦已指明，瑕疵依然存在，仍有可議。(七)、判決如併採納相互齟齬之證據資料，作為判決之基礎，即有判決理由矛盾之違誤。原判決認定甲○○於收受考生呂明輝經由案外人林德全再透過黃春綿及曾家然轉交五千元賄款後，於九十一年一月十五日呂明輝參加筆試擔任考驗員時，乃違背職務於呂明輝之筆試答案卡填上正確答案之記號，使呂明輝按所寫正確答案抄寫而順利考取駕照等情，論處甲○○違背職務收受賄賂罪刑。其所憑之證據，乃呂明輝、曾家然二人之證詞。惟呂明輝於高雄市調查處偵詢時稱「我在參加汽車考照筆試時，該監理處在我筆試所用之答案卡上已有正確答案記號，我就依照該記號作答而順利通過筆試」等語（見第六〇六九號偵查卷第五九頁、第六〇七三號偵查卷第一七四頁、第六〇六六號偵查卷第一三二頁）。而曾家然於九十一年三月二十六日在高雄市調查處詢問時供稱「方素藝介紹的考生有些年紀太大不認識字，因此我會在這些考生參加筆試時，站在他們旁邊以手指考卷上答案的方式教他們填寫答案卡」、在偵查中證稱：「呂明輝筆試時甲○○是監考官，伊是主考官，伊有用手勢比出正確答案給呂明輝知道，事後黃春綿有交給伊一萬元，伊再轉交五千元給甲○○」（見偵字第六〇七三號卷第一七四頁）；於另案即台灣高雄地方法院九十二年度訴字第一三二一號案九十五年一月十日審理時，再次供稱「（問：放水要如何放水？）路考就事先提醒應考人要提早轉彎，快壓到線時，會提醒他，筆試的部分，我若是看到應考人沒有寫的部分，就會走過去指標準答案給應考人看」等語（見甲○○辯護人於原審提出之九十六年一月

二十五日準備書續狀證四），兩人就如何護航之供述，一為「用手勢比出正確答案給呂明輝知道」，一為「筆試所用之答案卡上已有正確答案記號」，互有齟齬，且就曾家然所證述護航之人為其自己，未述及甲○○，至於擔任考驗員之甲○○究竟有無護航放水及如何護航放水，則無相關資料憑斷。原判決以曾家然所證述護航呂明輝考照筆試認係甲○○所為，復認與呂明輝證述內容相異，未勘驗筆試所用之答案卡上是否已有正確答案記號之痕跡，判斷曾家然或呂明輝二人所言何者為真，即以駕照之筆試試題係以是非選擇題為之，如係以手勢比正確答案，非僅易生理解錯誤且易遭人發現，而採呂明輝所證述之先將答案以記號寫在答案卡上由其抄寫為可採云云，均有違採證法則。(八)、當事人聲請調查之證據，如與本案之待證事實無關緊要者，事實審法院固可依刑事訴訟法第二百七十九條以裁定駁回，毋庸為無益之調查。若於證明事實確有重要關係，而又非不易調查或不能調查者，則為明瞭案情起見，自應依法踐行調查之程序，否則縱經原法院以裁定駁回其聲請，仍係審判期日應行調查之證據未予調查，其判決即難謂非違法。又按法院為發見真實，得依職權調查證據，但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之，此觀刑事訴訟法第一百六十三條第二項之規定自明。故法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白，而卷內復有其他足認為有助於發見真實又足以影響判決結果之證據存在，且有調查之可能者，即得依職權調查證據，其於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院尤應依職權調查證據，以為認定事實之依據，否則仍屬應於審判期日調查證據而未予調查之違背法令。查(1)原判決事實及理由均認丙○○檢驗何楊美霞代理之V J - 九七一二號自用小貨車車主申請變更特定項目為車尾加裝升降梯與規定不符，竟違背職務收受賄賂而予認定檢驗通過等語（見原判決第一〇、一一、二七、二八頁），惟為丙○○所否認，辯稱該自用小貨車變更項目為本身顏色，並非升降尾門，有檢驗紀錄表足憑，何楊美霞證述與事實不符云云。查上開車輛申請變更特定項目究為車尾加裝升降梯，抑或為本身顏色，向高雄市監理處調閱該檢驗紀錄表即可查明，原審未予查證即認該檢驗項目為升降尾門，不無應於審判期日調查證據而未予調查之違法。(2)原審行準備程序時，已整理本案事實及證據之重要爭點，其中關於事實爭點之一為究竟該收文登記簿上記載之驗車人員與檢驗紀錄表上記載是否相符？（見原審九十五年十一月三日準備程序筆錄，原審卷第一四五、一四六頁），戊○○於原審準備程序亦具狀聲請就該事項調查證據，請求原審法院向高雄市監理處調閱九十年之半拖車車輛檢驗紀錄表，用以證明實際驗車之人，與收文登記簿記載之擬派人事作業並不完全相符，該收文登記簿記載之人事，僅係事前預擬之人事調派方案，未必即係實際驗車之人事等語（見戊○○於原審九十五年十一月三日提出之刑事證據清單狀），此項調查可證明實際驗車之人是否為戊○○或係他人？有助於發見真實又足以影響判決結果，對於戊○○是否

負此部分之刑責，至有關係，又非不易調查或不能調查，原審竟未予調閱查明，復未於理由內說明不予調查之理由，不惟判決理由不備，復有調查職責未盡之違誤。(3)原判決認定呂明輝於九十一年一月十五日參加監理處筆試時，甲○○因收受賄款而於筆試答案卡上代寫正確答案，使呂明輝順利考取駕照部分所憑之證據，乃為證人黃春綿於偵查及第一審法院審理時之證詞、林德全與黃春綿、曾家然間告知考生姓名及詢問監考官姓名之通訊監察譯文等。惟黃春綿於偵查時係供稱「有考生呂明輝在筆試時需要護航，我查詢結果，主、監考官為曾家然與甲○○，後來林德全在福利社給我一萬元，我再交給曾家然，曾家然再轉交給甲○○」云云（見九十一年度偵字第六〇六六號偵查卷第五九頁），依黃春綿所證，僅能證實其有將賄款交付曾家然，並無法證明曾家然是否將部分賄款交付甲○○。另林德全與黃春綿、曾家然間之通話內容，甲○○似無加入其中對話連絡，亦無甲○○收受賄款之確證，原審未傳喚曾家然到庭接受詰問釐清，遽以黃春綿上開證詞及通訊監察譯文認定甲○○收受賄款，非惟違背採證法則，復有依法應行調查之證據而未予調查之違誤。以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。原判決關於不另諭知甲○○無罪部分，既經檢察官起訴書指明與前開論罪部分有裁判上一罪關係，依審判不可分原則，應一併撤銷發回，附予敘明。

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 九 十 六 年 十 月 三 十 一 日

最高法院刑事第十二庭

審判長法官 洪 文 章

法官 王 居 財

法官 郭 毓 洲

法官 黃 梅 月

法官 邱 同 印

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九 十 六 年 十 一 月 六 日

K