我臺灣高等法院高雄分院刑事判決

113年度上訴字第735號

上　訴　人　臺灣橋頭地方檢察署檢察官

被　　告　鄭智鴻

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　江雍正律師

　　陶德斌律師

　　蕭乙萱律師

上列上訴人因被告賭博等案件，不服臺灣橋頭地方法院111年度訴字第181號，中華民國113年4月12日第一審判決（起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署110年度偵字第13659號、111年度偵字第1107、1468號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、公訴意旨略以：被告鄭智鴻（下稱被告）於民國107年5月1日至109年11月2日擔任仁武分局仁武派出所（下稱仁武派出所）副所長，係依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之人員，且屬負有協助偵查、調查犯罪等法定職務之警察人員，對轄區內酒店、非法聚眾經營賭博場所者，負有取締、查緝之責。被告自位於高雄市○○區○○○街00號「國王遊戲主題餐廳休閒館」（下稱國王餐廳）前身「女狼俱樂部」時期，即與女狼俱樂部泊車兼圍事、國王餐廳現場負責人李永裕素有往來，並曾於口罩實名制販售前一日即109年2月5日疫情期間，接受李永裕餽贈之口罩5至10盒及廟會服飾等物資。李永裕於109年6月8日以LINE通訊軟體告知被告「女狼俱樂部」已改為國王餐廳，被告竟於109年9月24日前某時，利用其擔任仁武派出所副所長之機會，得知國王餐廳將於109年9月25日遭檢察官持搜索票搜索，被告明知警方執行專案勤務、刑案偵查、臨檢、搜索及相關法令賦

予維護治安目的等例行性及非例行性勤務內容，性質上均與國家事務及公共利益攸關，屬中華民國國防以外應秘密之消息，竟基於公務員洩漏關於國防以外應秘密消息、公務員包庇他人犯圖利供給賭博場所聚眾賭博罪之犯意，於109年9月23日或同年月24日16、17時許，騎乘機車至國王餐廳旁鐵皮屋，告知陳志凱「上面的人已經將票請下來了，你自己小心」等語，陳志凱得知上情後，遂於109年9月25日5時55分前之某時許，將該應秘密之消息告知陳宇超，陳宇超再於109年9月25日5時55分稍早，在國王餐廳吧檯處告知當時國王餐廳吧檯人員洪俊孝，洪俊孝並隨即以手機於109年9月25日5時55分許，以LINE通訊軟體傳送「近期」、「會有檢查官持搜索票的風險」、「阿超要大家注意一下」、「近期不收新客人」、「是『大辣』的喔」、「不是小事」、「被針對性的檢舉」等文字訊息（下稱洩密LINE對話訊息）給109年9月25日值夜班（20時至次日5時）之邱偉淳，陳宇超並於109年9月25日20時許邱偉淳上班前，在國王餐廳再度當面告知邱偉淳當天不要讓客人換現金，使邱偉淳知悉檢察官將於109年9月25日夜間執行搜索，並告知109年9月25日夜間賭博之賭客黃○軒等人「今天有警察在，比較不方便換現金」等語，並交給黃○軒「暫存預定單」，以作為日後換取現金之憑據，以規避檢警之搜索程序。嗣經臺灣橋頭地方檢察署（下稱橋頭地檢署）檢察官於109年9月25日夜間帶隊搜索國王餐廳，並於109年9月26日2時10分執行搜索，於邱偉淳手機內發現洩密LINE對話訊息，始知上情。因認被告涉犯刑法132條第1項公務員洩漏國防以外之秘密、刑法第270條公務員包庇他人犯意圖營利提供賭博場所及聚眾賭博等罪嫌。

二、按犯罪事實依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。次按，認定不利於被告之事實須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定，即應為有利被告之認定，更不必有何有利之證據；

又犯罪事實之認定，應憑證據，如無相當之證據，或證據不足以證明，自不得以推測或擬制之方法，以為裁判之基礎（最高法院30年上字第816號、40年台上字第86號判決先例意旨參照）。第按，檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，亦為刑事訴訟法第161條第1項所明定。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任，倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知（最高法院92年度台上字第128號判決意旨參照）。

三、公訴意旨認被告涉有上開公務員洩漏國防以外之秘密、公務員包庇他人犯意圖營利提供賭博場所及聚眾賭博等罪嫌，無非係以：㈠被告於調詢、偵查中之陳述；㈡同案被告陳志凱於調詢、偵查中之陳述；㈢同案被告陳宇超於調詢、偵查中之陳述；㈣證人洪俊孝於調詢、偵查中之陳述；㈤證人邱偉淳於調詢、偵查中之陳述；㈥臺灣橋頭地方法院於109年9月18日核發之109年度聲搜字第553號搜索票、高雄市政府警察局督察室109年9月26日2時10分至3時40分搜索扣押筆錄、109年9月25日仁武分局偵查隊52人勤務分配表；㈦洩密LINE對話訊息；㈧被告（Zheng智鴻，仁武，副所長）與李永裕（仁武露露）之LINE對話擷圖、新聞列印資料；㈨被告持用000000000000號行動電話上網歷程；㈩證人黃○建、黃○軒於警詢、偵查中之陳述、暫存預定單；㈠㈠被告之警察人員人事資料簡歷表等件為其論據。

四、訊據被告堅決否認有何公務員洩漏國防以外之秘密、公務員包庇他人犯意圖營利提供賭博場所及聚眾賭博犯行，辯稱：我不認識陳志凱，也不知道檢察官將於109年9月25日夜間搜索國王餐廳一事，我沒有洩漏搜索消息給陳志凱等語。辯護人則為其辯稱：本件搜索係由高雄市政府警察局督察室負責規劃、執行，勤前教育則在內政部警政署保安警察第五總隊進行，被告顯無可能提前知悉核發搜索票、搜索處所及

對象等內容，遑論將該搜索消息洩漏予陳志凱知悉；更何況依仁武派出所109年9月24日、同年月25日之勤務分配表所載，被告被排定於9月24日14時起執行值班、配合查緝賭博電玩等勤務、9月25日16時起執行值班勤務，並無可能於9月24日或25日之16、17時許至國王餐廳旁鐵皮屋洩漏搜索消息予陳志凱；另被告係因防制街頭暴力而與李永裕認識，雖曾接受其餽贈成人口罩數盒及廟宇服飾等物品，惟無從據此逕認被告有洩漏國防以外之秘密或包庇賭博之動機存在等語。經查：

㈠被告於107年5月1日至109年11月2日擔任仁武派出所副所長，係依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之人員，且屬負有協助偵查、調查犯罪等法定職務之警察人員，對轄區內酒店、非法聚眾經營賭博場所者，負有取締、查緝之責；其自國王餐廳前身「女狼俱樂部」時期，即與李永裕素有往來，並曾於口罩實名制販售前一日即109年2月5日之疫情期間，接受李永裕餽贈之口罩5至10盒及廟會服飾等物資等情，業據被告於警詢、偵訊、原審及本院審理中坦承在卷（偵六卷第77至85、111至117頁，原審卷二第5至24頁，本院卷第152頁），核與證人李永裕於警詢及偵訊中之證述（偵六卷第29至42、67至69頁）相符，並有被告與證人李永裕之通訊軟體LINE對話紀錄之數位鑑識資料（偵六卷第53至60頁）、被告之警察人員基本資料表（偵六卷第147頁）、警察人員人事資料簡歷表（偵六卷第199至202頁）、口罩販賣新聞列印資料（偵六卷第229至230頁）等件在卷可考。又陳志凱得知檢察官將於109年9月25日帶隊至國王餐廳搜索後，遂於109年9月25日5時55分前之某時許，將該應秘密之消息告知陳宇超，陳宇超再於109年9月25日5時55分稍早，在國王餐廳吧檯處告知當時國王餐廳吧檯人員洪俊孝，洪俊孝隨即以手機於109年9月25日5時55分許，傳送上述洩密LINE對話訊息給109年9月25日值夜班（20時至次日5時）之邱偉淳，陳宇超嗣於109年9月25日20時許邱偉淳上班前，

在國王餐廳再度當面告知邱偉淳當天不要讓客人換現金，使邱偉淳知悉檢察官將於109年9月25日夜間執行搜索，並告知109年9月25日夜間賭博之賭客黃○軒等人「今天有警察在，比較不方便換現金」等語，並交給黃○軒「暫存預定單」，以作為日後換取現金之憑據等情，有證人即同案被告陳志凱於警詢及原審審理中之證述（偵三卷第417至422頁，偵六卷第15至17頁，原審卷二第338至339頁）、證人即同案被告陳宇超於偵訊及原審審理中之證述（偵二卷第179至180頁，原審卷二第379至381頁）、證人洪俊孝於警詢及偵訊中之證述（偵二卷第305至312、317至319頁）、證人邱偉淳於警詢及偵訊中之證述（偵二卷第323至331、345至349頁）、證人即賭客黃○建於警詢及偵訊中之證述（併警卷第193至200、201至203頁）、證人即賭客黃○軒於警詢及偵訊中之證述（併警卷第211至216、217至219頁）可資證明，並有暫存預定單（併警卷第229頁）、洩密LINE對話訊息翻拍照片（偵二卷第337頁）附卷可參，是前揭事實，均堪予認定。

㈡同案被告陳志凱就其何時知悉搜索票核發乙事，先於警詢、偵訊時證稱：被告是搜索當天或前1天約16、17時，騎摩托車到國王餐廳旁的鐵皮屋門口，告訴我「上面的人票請下來了」等語（偵六卷第16、19至21、23頁），復於原審審理中證稱：被告是在搜索之前1、2天的16、17時，到國王餐廳旁的鐵皮屋門口告訴我要搜索的事，不是搜索當天等語（原審卷二第348頁），可知陳志凱前後所為之證述內容似有出入，並非全然一致。再依據扣案之洩密LINE對話訊息翻拍照片所示，前揭洩密LINE對話訊息係於凌晨5時55分許傳送（偵二卷第337頁），參以證人洪俊孝於警詢、偵訊中證稱：LINE對話擷圖是我發給邱偉淳的訊息，發訊息的時間是國王餐廳搜索前的凌晨，當時我人快要從國王餐廳下班，邱偉淳休假不在店裡。當時陳宇超在國王餐廳現場當面口頭告知我，近期可能會有檢察官持搜索票的臨檢，他要我通知邱偉淳，所以我才用LINE傳送前述訊息給邱偉淳等語（偵二卷

第310、318頁），及橋頭地檢署檢察官係於109年9月25日夜間帶隊搜索國王餐廳等情，可認前揭洩密LINE對話訊息應係於109年9月25日凌晨5時55分許發送，則同案被告陳志凱知悉搜索票核發之時間理應早於109年9月25日凌晨5時55分方是。

㈢依證人即109年9月25日執行搜索之帶隊官施錫明於原審審理中證述：109年9月25日晚間去國王餐廳執行搜索係由高雄市政府警察局督察室靖紀小組主辦，我們先確定於搜索票生效的第一天，即9月25日深夜到26日凌晨這個時間點進行搜索，再請示檢察官這個時間點可不可以，該次勤前教育地點係在保五總隊，參與勤前教育之單位有檢察官、刑大偵三隊、保大及督察室，印象中仁武分局和仁武派出所應該沒有參加勤前教育，但行動前幾天我有跟仁武分局長討論過由他們先做臨檢，把現場控制住，我們再發動搜查；事先知道核發搜索票及搜索對象的人，除了我、檢察官之外，還有督察長、仁武分局長、聲請搜索票之承辦人葉福榮及刑大；當日臨檢是由仁武分局負責帶隊進去，派出所都是仁武分局的調度警力之一，但我不知道當天有哪些派出所去支援臨檢等語（原審卷三第166至175頁），另因卷內亦查無仁武派出所有參與勤前教育或支援搜索前臨檢勤務之佐證，衡情被告應無法事先知悉核發搜索票、執行搜索時間及對象等細節，當無可能提前洩漏搜索消息予同案被告陳志凱。從而，公訴意旨認被告利用其擔任仁武派出所副所長之機會得知前揭搜索消息乙節，尚難憑採。

㈣至同案被告陳志凱雖於原審審理中證稱：被告是在搜索當日即109年9月25日前1、2天之16、17時，到國王餐廳旁的鐵皮屋門口告訴其要搜索之事，其無法確定是1天還是2天，但不是搜索當天等語（原審卷二第347、348頁），然查：

1.據高雄市政府警察局仁武分局函覆表示：本案因涉及分局員警風紀案件，由高雄市政府警察局督察室靖紀小組偵辦，該分局僅於當日接獲緊急通知後，前往內政部警政署保安第五

總隊集合支援臨檢，執行勤務人員未獲告知臨檢行動細節等資料等情，有該分局114年2月13日高市警仁分偵字第11470488000號函在卷可稽（本院卷第249頁）。另據高雄市政府警察局函覆略以：「……二、查本局督察室靖紀小組係於109年6月下旬接獲情資反映高雄市○○區○○○街00號『國王遊戲主題餐廳』經營賭場，經監控、探訪蒐證後，認時機成熟由臺灣橋頭地方檢察署檢察官帶隊率該靖紀小組、本局刑事警察大隊、保安警察大隊等共同執行取締賭博場所勤務，並於109年9月26日2時10分在該址查獲職業性賭場案。三、㈠……1、109年9月25日本局督察室靖紀小組時任督察施錫明（下稱施督察）曾與仁武分局時任分局長蔡文峰（下稱蔡分局長），一同在時任督察長劉祥法辦公室內討論取締『國王遊戲主題餐廳』行動。2、109年9月26日凌晨臨檢『國王遊戲主題餐廳』行動，當時由臺灣橋頭地方檢察署承辦檢察官指揮本局督察室靖紀小組時任成員（施督察、警務正葉福榮〔主承辦人〕及警務正潘宏炎等人），先在『國王遊戲主題餐廳』外等候，於攔獲若干名賭客並確認賭博事證明確後，因考量當下警力不足，遂由施督察緊急聯繫蔡分局長調度警力，先佯裝臨檢，待場面控制後，再進行搜索。3、109年9月25日中午由蔡分局長先以LINE電話告知時任偵查隊隊長陳嘉宏（下稱陳隊長）須預控警力，惟未告知時間及事由，陳隊長當時亦未告知其他單位。嗣翌(26)日1時40分，蔡分局長再次以LINE電話告知陳隊長『國王遊戲主題餐廳』遭臨檢，並指示調派警力支援，而陳隊長當時僅調派偵查隊警力，餘仁武派出所及澄觀派出所支援警力，均由仁武分局勤務指揮中心調派。㈡……當日仁武分局各單位所接獲訊息係『督察室查獲賭博』，各單位主觀認知為至現場會同接案，爰各自前往，未討論臨檢執行細節及內容。……」等語，亦有高雄市政府警察局114年7月2日高市警督字第11433853400號函附卷可參（本院卷第265至267頁）。得見仁武派出所應係於109年9月26日凌晨1時40分許之後，方聽從指示

調派警力前去支援，則被告如何能在搜索之前1、2天的16、17時便到國王餐廳旁的鐵皮屋門口，告訴同案被告陳志凱關於國王餐廳將要被搜索之事？從而，同案被告陳志凱上開不利於被告之證述內容，非無疑義，尚難遽信。

2.再者，仁武派出所員警並未參與該次搜索之勤前教育，而被告亦無法事先知悉核發前揭搜索票、執行搜索時間及對象，已如前述，復依證人李瑋翰、蔡惠椒、曾榮彪等人於原審審理中證述：臨檢當天出發前會先進行勤前教育，勤前教育完後只有帶隊官知悉當天臨檢地點等語（原審卷三第60、75、159至161頁），益徵勤前教育係在臨檢當日出發前為之，縱使仁武派出所曾派員支援該次搜索前之臨檢勤務，被告亦不可能在搜索當日前1、2日之16、17時許即知悉核發搜索票、執行搜索時間及對象等事，是以，同案被告陳志凱證稱被告於搜索前1、2日之16、17時許即告知其核發搜索票乙節，顯與上開證人之證述內容不符，亦與員警臨時接到指示支援執行臨檢勤務之慣例未合，自難率信。

3.另倘若同案被告陳志凱係於搜索前1、2日即109年9月23、24日之16、17時許即知悉核發搜索票一事，其為避免國王餐廳圖利提供賭博場所及聚眾賭博之違法行為遭檢警查獲，定會立即討論因應對策並要求國王餐廳所有員工即刻停止籌碼換回現金之行為，然前揭洩密LINE對話訊息竟遲至109年9月25日凌晨5時55分許發送，且證人邱偉淳收受前揭洩密LINE對話訊息後回稱：「詳情今晚到公司討論一下」等語，顯示國王餐廳員工應係於109年9月25日凌晨5時55分許前不久，方知悉核發搜索票之事，更可佐證同案被告陳志凱證稱其於109年9月23、24日之16、17時許即知悉核發搜索票乙節悖於常情，洵非足採。

4.此外，同案被告陳志凱於警詢、偵訊中自陳其不知道被告之真實姓名、聯絡方式或LINE，兩人間並無來往、特殊交情，更未曾給予被告任何利益或好處等語（偵三卷第419、426頁，偵六卷第8至9頁），故縱令被告確曾接受證人李永裕餽

贈成人口罩數盒、廟會服飾等物品，然該等物品價值非高，要難遽認被告即有洩漏搜索消息予同案被告陳志凱或包庇賭博之動機存在。反觀同案被告陳志凱係在羈押後第一次提訊中，主動供出向其洩漏搜索消息之人係仁武派出所副所長，並於該日提訊時，請求檢察官依照先前羈押訊問時所述，同意讓其交保，足認同案被告陳志凱為求盡速具保停押，實有為虛偽不實陳述之動機，是無從僅憑同案被告陳志凱前揭證述，即斷認被告曾於搜索前1、2日之16、17時許至國王餐廳旁鐵皮屋洩漏搜索消息予陳志凱。公訴意旨以同案被告陳志凱之前開證述，即認洩漏搜索消息之人為被告，尚嫌速斷。

㈤同案被告陳志凱經檢察官提示被告使用門號0000000000於109年9月24日及25日之行動電話上網歷程紀錄後，固於偵訊中證稱：109年9月24日17時23分至30分應該就是被告來國王餐廳隔壁的鐵皮屋通知我「上面的人票請下來了」的時間等語（偵四卷第42頁），然依仁武派出所109年9月24日之26人勤務分配表所載（偵六卷第241頁），被告被排定於該日14時起至16時止擔任值班幹部，16時起至20時止配合行政組查緝賭博電玩，再參以仁武分局於111年12月22日以高市警仁分偵字第11174643500號函檢送之卷宗資料，被告於109年9月24日17時前往位於仁武區仁和街117號旁鐵皮屋之「宏夾娃娃屋」執行取締及查扣相關證物，並對相關嫌疑人製作調查筆錄至該日23時58分止，有被告製作之職務報告、扣押筆錄、扣押物品目錄表及調查筆錄等資料（原審卷二第59至145頁）在卷可憑，顯見被告於109年9月24日14時起至23時58分許均在執行勤務，要無可能於該日16、17時許擅離職守，前往國王餐廳旁鐵皮屋告知同案被告陳志凱核發搜索票之情事。又被告使用門號0000000000之行動電話上網歷程紀錄雖顯示其於109年9月24日17時23分至30分之基地台位置，在與國王餐廳相近之仁武區安樂四街81號，惟被告於該時係在仁武區仁和街117號旁鐵皮屋之「宏夾娃娃屋」執行取締勤務，已如前述，故無法排除被告在執行上述取締勤務過程

中，經過該基地台附近而遭偵測、定位之可能，自無從僅以前揭基地台位置紀錄，即遽認被告確有前往國王餐廳旁鐵皮屋洩漏搜索消息予同案被告陳志凱之行為。公訴意旨逕以被告使用門號0000000000之行動電話上網歷程紀錄，即斷認被告確有洩漏搜索消息予同案被告陳志凱乙節，實屬率斷，難認有據。

五、綜上所述，檢察官所執前開論據，均無法採為認定被告犯罪之證據。本案既乏積極明確之證據，可資證明被告有公訴意旨所指之公務員洩漏國防以外之秘密、公務員包庇他人犯意圖營利提供賭博場所及聚眾賭博等犯行，本於罪疑唯輕之刑事證據裁判法則，被告被訴之上開犯行既屬不能證明，依前揭說明，自應為被告無罪之諭知。

六、原審綜核上情，因而諭知被告無罪，經核其認事用法，並未違背經驗法則或論理法則。檢察官上訴意旨，無非係就原審依職權為證據取捨及心證形成之事項反覆爭執，業經本院指駁如前，此外，檢察官復未提出其他積極證據證明被告確有公訴意旨所指犯行，自非可採。是本件上訴為無理由，應予駁回。

七、本件檢察官起訴部分既諭知無罪，則本院自無從併予審理移送併辦部分（案號：臺灣橋頭地方檢察署111年度偵字第6481號），此部分宜由檢察官另行依法辦理。

八、至原判決關於同案被告陳有源部分，因未據上訴而確定在案，自不另論列，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官鄭子薇提起公訴，檢察官王奕筑提起上訴，檢察官呂幸玲、李廷輝到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　9　　月　　25　　日

刑事第九庭　審判長法　官　唐照明

法　官　蔡書瑜

法　官　葉文博

以上正本證明與原本無異。

被告不得上訴。
檢察官如不服本判決應於收受本判決後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。
本判決須符合刑事妥速審判法第9條之規定始得上訴。
刑事妥速審判法第9條規定：
除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：
一、判決所適用之法令牴觸憲法。
二、判決違背司法院解釋。
三、判決違背判例。
刑事訴訟法第377條至第379條、第393條第1款規定，於前項案件之審理，不適用之。院」。
本判決須符合刑事妥速審判法第9條之規定始得上訴。
刑事妥速審判法第9條規定：
除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：
一、判決所適用之法令牴觸憲法。
二、判決違背司法院解釋。
三、判決違背判例。
刑事訴訟法第377條至第379條、第393條第1款規定，於前項案件之審理，不適用之。
中　　華　　民　　國　　114　　年　　9　　月　　25　　日
書記官　梁美姿