臺灣高等法院刑事判決

113年度上訴字第5744號

上　訴　人　臺灣新北地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　丘翊廷

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　包盛顥律師

上列上訴人等因被告違反貪污治罪條例等案件，不服臺灣新北地方法院113年度訴字第189號，中華民國113年7月18日第一審判決（起訴案號：臺灣新北地方檢察署112年度偵字第75015號、113年度偵字第10402號、113年度偵字第12126號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事實及理由

一、本案審理範圍

按上訴得對於判決之一部為之；上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條第1項、第3項分別定有明文。檢察官及被告丘翊廷（下稱被告）提起上訴，檢察官於本院陳稱僅就量刑及沒收上訴，被告及其辯護人則陳稱僅就量刑上訴，有本院審理筆錄（見本院卷四第28至29頁）附卷可稽，是依刑事訴訟法第348條第3項規定，本院審理範圍限於原判決關於被告刑及沒收之部分，不及於原判決所認定之犯罪事實、所犯法條（論罪）等其他部分。

二、上訴意旨

㈠檢察官上訴意旨略以：被告雖自白犯罪，又委由辯護人主張本案毒品係違禁物，非屬貪污治罪條例所稱財物或利益，難認有於偵查及審理中就起訴書所載事實已全部自白犯罪，應

無貪污治罪條例第8條第2項減刑規定之適用，原審量刑未能罰當其罪，難認適法妥當；又被告扣案手機，係與同案被告用以彼此聯繫之工具，為本案犯罪所用之物，應依刑法第38條第2項前段規定宣告沒收，原審未予宣告沒收，亦有違誤等語。

㈡被告上訴意旨略以：被告於偵查中供出其他正犯或共犯，因而查獲，應有貪污治罪條例第8條第2項後段減免其刑規定之適用，原審認定顯有過苛，且未審酌被告自白確有助於偵察機關查獲其他正犯或共犯以及釐清案情全貌之事實；原審量處被告應執行有期徒刑3年2月，誠有過重之虞，請審酌被告犯後態度良好、家庭扶養壓力甚重、經濟條件不佳，依刑法第59條規定酌減其刑，並為緩刑宣告等語。

三、經查：

㈠原判決基於其犯罪事實之認定，論被告就原判決事實欄一㈠及㈡所為，均係犯貪污治罪條例第3條、第6條第1項第3款之非公務員與公務員共同侵占職務上持有之非公用私有財物罪及刑法第165條之隱匿他人刑事證據罪，就原判決事實欄一㈢所為，係犯貪污治罪條例第3條、第6條第1項第4款之非公務員與公務員共同對主管事務圖利罪及刑法第165條之隱匿他人刑事證據罪、刑法第321條第1項第4款之結夥三人以上竊盜罪；被告就原判決事實欄一㈠至㈢所示犯行，與同案被告陳信安、張晉維、林博涵有犯意聯絡及行為分擔，就所犯違反貪污治罪條例部分，依該條例第3條及刑法第28條、第31條第1項之規定，為共同正犯；被告就原判決事實欄一㈠㈡部分，均係以一行為同時觸犯非公務員與公務員共同侵占職務上持有之非公用私有財物罪及隱匿他人刑事證據罪2罪，為想像競合犯，應依刑法第55條規定，從一重之非公務員與公務員共同侵占職務上持有之非公用私有財物罪處斷；被告就原判決事實欄一㈢部分，係以一行為同時觸犯非公務員與公務員共同對主管事務圖利罪、隱匿他人刑事證據罪及結夥三人以上竊盜罪3罪，為想像競合犯，應依刑法第55條規

定，從一重之非公務員與公務員共同對主管事務圖利罪處斷。被告所犯原判決事實欄一㈠至所示3罪間，犯意各別，行為互殊，應分論併罰。本院依上開原判決犯罪事實之認定及法律適用，而對被告之量刑及沒收為審理，先予敘明。

㈡減刑事由之判斷

1.按犯第四條至第六條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。貪污治罪條例第8條第2項定有明文。被告於偵查中已自白本案全部犯行（見他字卷二第351頁），且於原審審理中自動繳回犯罪所得（22萬元，有繳納贓款收據附卷可憑），爰均依貪污治罪條例第8條第2項前段規定減輕其刑。

2.被告上訴意旨固主張被告於偵查階段即積極配合檢警調查，並將本案其知悉之所有犯罪事實全盤托出，據實以報，使偵查機關因而查獲其他正犯或共犯即同案被告陳信安、張晉維、林博涵，因此得以釐清各正犯間之犯罪如何分工、不法所得之分配，俾利偵查機關掌握案情，確屬供出犯罪事實致使偵查機關得以行使刑罰權，查獲同案被告之犯罪事實，具相當因果關係，應有貪污治罪條例第8條第2項後段「在偵查中自白，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑」之適用，原判決僅因被告為偵查中受詢問及訊問順位排序之最末者，逕認被告之自白與查獲該等共犯無因果關係，實非公允，應以協助逮捕其他犯人或其他對偵破案件或定罪有實質幫助即足等語（詳見本院卷一第56至59、100至104頁）。惟查，依本案偵查脈絡，同案被告林博涵於112年10月27日、同案被告陳信安、張晉維於112年10月30日均因本案經查獲到案並經羈押，並陸續坦承相關案情及相關分工，有其等筆錄附卷可稽（見他字卷一第153至161、225至235、375至403、547至555、713至720、727至732、741至743頁、偵75015卷第15至25頁），同案被告張晉維並已於112年12月19日供述被告及其他共犯涉嫌本案之案情並指認被告（見他字卷一

第714至717頁），被告嗣後始經警於113年1月23日依法拘提到案，就本案相關案情為訊問，依卷附被告第1次（即113年1月23日）警詢筆錄所示，警方已明確查知共有張晉維、林博涵、士林分局警員陳信安等人共同涉及本案，並提示相關資料（陳信安、林博涵、丘翊廷之行動電話網路歷程紀錄、事實欄一㈡之陳信安現場蒐證畫面擷圖、事實欄一㈢之現場監視器畫面擷圖等）讓被告辨識、說明（見他字卷二第247至269頁），足認在被告自白前，警方早已掌握情資及羈押中之同案被告3人之供述，查獲知悉被告陳信安、張晉維、林博涵等人均有涉及本案罪嫌，並非因被告之自白而查獲該等共同正犯即陳信安、張晉維、林博涵。被告及其辯護人此部分之主張，並非可採。

3.被告上訴意旨復主張：被告對於提供毒品販賣消息管道之人小蔣有所指認，據實以報，使偵查機關查獲其他正犯或共犯，還原釐清事實輪廓，經原判決事實一㈢認定張晉維透過真實姓名年籍不詳之「小蔣」得知有大量愷他命欲出售，囑託「小蔣」代為與翁志成聯繫購買愷他命事宜，本案此部分提供販售消息管道之人得以釐清查明，係源自於被告於偵查中113年1月23日及113年2月6日陳述之自白，方能查獲之犯罪事實，應有貪污治罪條例第8條第2項後段之適用等語（參本院卷一第60至61、104至106頁）。然被告於113年1月23日警詢、偵訊供稱：張晉維的線索來源是「小蔣」，真實姓名我不知道，我沒有「小蔣」的飛機帳號、我沒有「小蔣」的聯絡方式（見他字卷二第263、267、317頁），又於113年2月6日經警方提示指認表後供稱指認表中都沒有「小蔣」（見他字卷二第24頁），從而未能查獲「小蔣」之真實身分、姓名年籍資料，自難僅以原判決事實欄一㈢記載真實姓名年籍不詳之「小蔣」有代為與翁志成聯繫購買愷他命事宜，即認定已屬查獲（況原判決並未認定「小蔣」知悉並參與本案而為共犯），被告及其辯護人執此主張應有貪污治罪條例第8條第2項後段之適用，亦非可採。

4.被告雖因貪污治罪條例第3條及刑法第28條、第31條第1項之規定，而就原判決事實欄一㈠及㈡之侵占職務上持有之非公用私有財物罪，及原判決事實欄一㈢之對主管事務圖利罪，均仍以共同正犯論，惟其既不具公務員身分，保護國家公正執法之期待可能性應比具公務員身分者為低，爰均依刑法第31條第1項但書規定，減輕其刑，並依刑法第70條規定遞減之。

5.按犯貪污治罪條例第4條至第6條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在5萬元以下者，減輕其刑。該條例第12條第1項固有明文。惟該條項所稱「所得或所圖得財物或不正利益在5萬元以下」，於共同正犯應合併計算其金額或價額（最高法院刑事大法庭110年度台上大字第3997號裁定參照）。被告屢與同案被告包含警員配合，而共同為本案各該毒品假交易之調包或竊取毒品犯行，犯罪情節已非輕微，且本案3次犯行，各次犯行共同正犯間合併計算之犯罪所得均已逾5萬元，自無貪污治罪條例第12條第1項減刑規定之適用，附此敘明。

6.刑法第59條規定

被告固上訴主張略以：被告坦承犯行，犯後態度良好，其學歷僅高中肄業，就業本就較為困難，原係從事汽車業工作，惟因薪資相對低廉，家中尚有年邁父親需扶養照顧，且要負擔其與父親之租房開銷，經濟上實屬困頓，為謀求經濟上較為充裕之生活始鋌而走險，答應張晉維等人之邀約，洵非長期以毒品黑吃黑之侵占及交易為業，亦非品行窮凶惡極之徒，被告正值適齡勞動力人口，為家庭經濟重要支柱，若長期入監服刑，家人頓失經濟依靠，生活將無以為繼，被告服刑期滿亦恐將與社會脫節，無法安然立足，更因未能於年輕時培養一技之長而喪失謀生技能，有成為社會負擔之風險，被告從無侵占或交易毒品之前科，對於毒品黑吃黑之細節全然聽從同案被告張晉維等人之指揮，犯罪情節與法敵對意識未如其他同案被告鉅重，惡行實非重大，犯罪情狀堪可憫

恕，應依刑法第59條規定酌減其刑等語（參本院卷一第62至65、106至110頁）。

⑴按刑法第59條於94年2月2日修正公布，95年7月1日施行，將原條文：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑」，修正為：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重，得酌量減輕其刑」。立法說明指出：該條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，本係指審酌刑法第57條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言。依實務上見解，必在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。為防止酌減其刑之濫用，自應嚴定其適用之要件，以免法定刑形同虛設，破壞罪刑法定原則，乃增列文字，將此適用條件予以明文化，有該條之立法說明可參。而刑法第59條規定犯罪之情狀顯可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，依上開立法之說明，自應與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀予以全盤考量，審酌其犯罪有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等情形以為判斷。尤以此項酌減之規定，係推翻立法者之立法形成，就法定最低度刑再予減輕，為司法之權，適用上自應謹慎，未可為常態，其所具特殊事由，應使一般人一望即知有顯可憫恕之處，非可恣意為之。又此所謂法定最低度刑，固包括法定最低本刑；惟遇有其他法定減輕之事由者，則應係指適用其他法定減輕事由減輕其刑後之最低度刑而言。倘被告別有法定減輕事由者，應先適用法定減輕事由減輕其刑後，猶認其犯罪之情狀顯可憫恕，即使科以該減輕後之最低度刑仍嫌過重者，始得適用刑法第59條規定酌量減輕其刑，以免法定刑流於虛設，以及刑法第59條酌減其刑之規定遭濫用（最高法院100年度台上字第744號、107年度台非字第156號、105年度台上字第1911號判決意旨參照）。

⑵被告雖執前詞主張情輕法重，然被告於本案所犯貪污治罪條例第3條、第6條第1項第3款或第4款等罪原為法定本刑5年以

上有期徒刑之罪，經依上開貪污治罪條例第8條第2項前段、刑法第31條第1項但書規定遞減其刑後，係得處有期徒刑1年3月以上之刑度，法定刑已大幅降低，考量本案之犯罪手段及情節、對國家司法公正性及信譽傷害重大等情，實難謂有何犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低刑度猶嫌過重之情形，被告主張應適用刑法第59條酌減其刑規定，並非可採。

㈢被告於偵查中自白犯行（見他字卷二第351頁），並於原審繳交犯罪所得，已符合貪污治罪條例第8條第2項前段減刑規定，應依該規定減輕其刑，又被告本案犯行並無貪污治罪條例第8條第2項後段、刑法第59條規定之適用，均經論述如前，檢察官上訴主張被告應無貪污治罪條例第8條第2項前段減刑規定之適用、被告上訴主張應適用貪污治罪條例第8條第2項後段或刑法第59條規定減刑，均非可採。

㈣按量刑之輕重本屬法院依職權裁量之事項，亦即在有罪判決時如何量處罪刑，係實體法賦予審理法院就個案裁量之刑罰權事項，準此，法院行使此項裁量權，自得依據個案情節，參酌刑法第57條各款例示之犯罪情狀，於法定刑度內量處被告罪刑；除有逾越該罪法定刑或法定要件，或未能符合法規範體系及目的，或未遵守一般經驗及論理法則，或顯然逾越裁量，或濫用裁量等違法情事以外，不得遽指為量刑不當或違法。原審以行為人責任為基礎，審酌被告為圖取得不法利益，漠視法律規定，以如事實欄所示方式共同為本案犯行，對國家司法公正性及信譽傷害重大，所為殊值非難，惟念被告犯後坦承犯行，已自動繳回犯罪所得，兼衡被告素行、智識程度、家庭生活與經濟狀況、犯罪之動機、目的、手段、所生危害、獲得之利益等一切情狀，就被告如事實欄一㈠至㈢所示犯行，分別量處有期徒刑1年4月、1年5月、1年8月，各褫奪公權2年，並定應執行有期徒刑3年2月，褫奪公權2年，業綜合刑法第57條各款情狀為考量，所量刑度客觀上並無明顯濫用自由裁量權限或輕重失衡之情形，所量宣告刑均稱妥適，而所定應執行刑有期徒刑3年2月，並未踰越刑法第

51條第5項所定之外部界限，本院綜衡卷存事證及被告所犯數罪類型、次數、各罪之侵害法益、個別罪質內容、各罪犯罪情節、對其犯罪應予之整體評價、於併合處罰時責任非難重複之程度等一切情狀，因認原審就被告所定執行刑，並未逾越法律所規定之範圍，亦無明顯過輕、過重而違背比例原則或公平正義之情形，與刑罰經濟、刑法定應執行刑之恤刑考量等法律規範目的均無違背。原審量刑與被告之罪責程度尚屬相當，並無輕重失衡而顯然過輕、過重情形，核屬原審法院量刑及定刑職權之適法行使，與比例原則、罪刑相當原則無悖，難指其有何不當或違法。檢察官、被告執前詞上訴指摘原審對被告之量刑，均無理由。

㈤原審就關於被告之沒收部分說明：被告為本案犯行所分得之款項共22萬元（就原判決事實欄一㈠㈡㈢部分，分別為4萬元、4萬元、14萬元，合計22萬元），為其犯罪所得，業經其自動繳交扣案，上開犯罪所得應依刑法第38條之1第1項前段規定宣告沒收，至被告扣案之行動電話，公訴人未提出證據證明該等物品與被告本案犯行有關，不予宣告沒收。經核原判決此部分所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，洵無違誤。檢察官固上訴主張被告於本案經扣案之行動電話，係用以與同案被告彼此聯繫之工具，為本案犯罪所用之物，應依刑法第38條第2項前段規定宣告沒收，原審未予沒收，有所違誤等語。然查本案發生時點為111年12月至112年1月間，被告固曾於113年1月23日因本案經搜索扣押其所有之IPHONE藍色行動電話1支（見他字卷二第249頁），然被告於同日警詢供稱：之前聯繫的手機大概112年9月就不見了等語（見他字卷一第154頁），本案卷證內復未顯示警方有自被告扣案行動電話內查得何與本案相關之通話紀錄、對話紀錄，堪認被告於原審所稱：扣案手機是我在112年9月新買的，我與本案其他被告聯絡用的手機已經遺失等語（見原審卷二第91頁），尚堪採信，原審就此未予諭知沒收，並無不合。檢察官此部分上訴，亦無理由。

㈥被告固上訴以前詞主張應宣告緩刑等語（詳見本院卷一第62至67、110至111頁），然按刑法第74條第1項規定：「受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告2年以上5年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算：一、未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者」；緩刑之宣告，除應具備刑法第74條各款所定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之具體情形，始得為之；緩刑宣告雖係屬實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，然法院行使此項職權時，除應審查被告是否符合緩刑之法定要件外，尚應受比例原則與平等原則等一般法律原則之支配，以符客觀上之適當性、相當性與必要性。查被告行為時已年滿26歲，係具有相當工作經驗及社會閱歷之成年人，其前即曾因案經本院判處有期徒刑1年、緩刑3年確定，有本院被告前案紀錄表（見本院卷一第181頁）附卷可稽，被告獲此自新機會，當知所警惕，仍於緩刑期滿後，接連共同為本案3次犯行，所涉侵占或竊取之毒品數量越來越多，並非一時不慎偶然犯罪，綜合評估被告之素行、年齡、教育程度、所陳經濟狀況、家庭生活狀況、犯罪情節、犯後態度等情，本院認並無以暫不執行為適當之情事，不宜宣告緩刑。原審未宣告被告緩刑，並無違背法令或不當之處，被告上訴主張緩刑，為無理由。

㈦綜上，檢察官執前詞提起上訴，指摘原審此部分量刑及沒收部分有所違誤，被告上訴以前詞指摘原審量刑不當，均無理由，應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官陳香君提起公訴，檢察官高智美提起上訴，檢察官陳玉華到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　17　　日

刑事第四庭　　審判長法　官　張紹省

法　官　羅郁婷

法　官　葉乃瑋

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　程欣怡

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　17　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

貪污治罪條例第6 條

有下列行為之一，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣三千萬元以下罰金：

一、意圖得利，抑留不發職務上應發之財物者。

二、募集款項或徵用土地、財物，從中舞弊者。

三、竊取或侵占職務上持有之非公用私有器材、財物者。

四、對於主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。

五、對於非主管或監督之事務，明知違背法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者。

前項第一款至第三款之未遂犯罰之。

中華民國刑法第165 條

偽造、變造、湮滅或隱匿關係他人刑事被告案件之證據，或使用偽造、變造之證據者，處二年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金。

中華民國刑法第321 條

犯前條第一項、第二項之罪而有下列情形之一者，處六月以上五

年以下有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金：
一、侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內而犯之。
二、毀越門窗、牆垣或其他安全設備而犯之。
三、攜帶兇器而犯之。
四、結夥三人以上而犯之。
五、乘火災、水災或其他災害之際而犯之。
六、在車站、港埠、航空站或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機內而犯之。
前項之未遂犯罰之。
中華民國刑法第320 條
意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者，為竊盜罪，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。
意圖為自己或第三人不法之利益，而竊佔他人之不動產者，依前項之規定處斷。
前二項之未遂犯罰之。