

01 最高法院刑事判決

02 111年度台上字第2767號

03 上 訴 人 廖正良

04 選任辯護人 游明仁律師

05 鄭嘉欣律師

06 林俊宏律師

07 上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國
08 國111年1月12日第二審判決（108年度上訴字第4093號，起訴案
09 號：臺灣士林地方檢察署105年度偵字第13341號，106年度偵字
10 第4643號），提起上訴，本院判決如下：

11 主 文

12 原判決關於廖正良部分撤銷，發回臺灣高等法院。

13 理 由

14 □本件原判決撤銷第一審關於上訴人廖正良部分之科刑判決，改
15 判仍變更檢察官之起訴法條（貪污治罪條例第4條第1項第5款
16 之公務員對於違背職務行為要求、期約及收受賄賂罪），論處
17 其犯貪污治罪條例第6條第1項第5款之對非主管監督事務圖利
18 罪刑（處有期徒刑6年、褫奪公權3年），並為沒收（追徵）之
19 宣告；固非無見。

20 □惟查：

21 (一)刑事訴訟法第159條之5第1項所定傳聞之同意，乃基於當事人
22 進行主義中之處分主義，藉由當事人「同意」之此一處分訴訟
23 行為，與法院之介入審查其適當性要件，將原不得為證據之傳
24 聞證據，賦予其證據能力。倘當事人已於準備程序或審判期日
25 明示同意被告以外之人於審判外之陳述作為證據，而其意思表
26 示又無瑕疵時，該被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事
27 訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，基於訴訟程序安定
28 性、確實性之要求，自不宜准許當事人事後任意撤回同意或再

01 事爭執。惟如當事人已明示同意以被告以外之人於審判外之陳
02 述作為證據後，又聲明撤回該同意或對該被告以外之人於審判
03 外陳述之證據能力復行爭執，倘審理事實之法院尚未進行該證
04 據之調查，自無不准予撤回之理；非謂一經同意之後，一概不
05 許予以撤回或再事爭執。依卷內資料，上訴人固於第一審民國
06 107年1月19日初次準備程序時，就證人梁嘉彤、王麗雪於法務
07 部廉政署（下稱廉政署）、偵查中所為之陳述，由當時之第一
08 審辯護人為其明白表示同意有證據能力（見第一審卷一第10
09 1、103至104頁），惟於法院就上開證據進行調查程序前，即
10 於第一審107年5月11日第二次準備程序後至第一審審理時均爭
11 執此部分證據之證據能力（見第一審卷一第258頁、第一審卷
12 二第204頁、第一審卷三第178頁），並於原審亦爭執其等陳述
13 之證據能力，則上訴人於第一審雖曾同意以上開證人於審判外
14 陳述作為證據，但於第一審尚未進行該證據之調查，即已爭執
15 該等陳述之證據能力，依上開說明，應生撤回同意之效力。乃
16 原審認為上訴人於第一審就該等陳述業已同意有證據能力，不
17 容再事爭執（見原判決第8至9頁），即有未洽。

18 (二)證據雖已調查而其內容尚未明瞭者，即與未經調查無異，如遽
19 行判決，仍屬應於審判期日調查之證據而未予調查。又公司為
20 法人，與擔任該公司負責人之自然人，二者在法律上各具有獨
21 立之人格，其財產權亦各自獨立。原判決事實欄僅記載「緣廖
22 國永為力榮空調設備有限公司（下稱力榮公司）負責人，於10
23 3年間搭建址設○○市○○區○○路0段000號2層大型鐵皮建築
24 （含該址1樓、2樓及後側，以下合稱本案建築），作為力榮公
25 司堆放回收廢棄物之倉庫使用」（見原判決第1至2頁），即本
26 案建築係廖國永搭建以作為力榮公司堆放物品所用，然未說明
27 本案建築所有權究係歸屬廖國永個人或力榮公司。再參以卷內
28 資料，廖國永於廉政署詢問時陳稱：「該大型鐵皮屋確實是違
29 章建築，土地是我個人買的，鐵皮屋也是我蓋的，只是登記是
30 我兒子廖冠翔的名下，但是實際上是我在使用，該大型鐵皮屋
31 則是用公司的錢蓋的，原本打算在違章建築的狀態比較穩之

01 後，用承租地上物費用及折讓所有權的方式，在10年或15年之
02 間都不收取土地租金，之後該鐵皮屋折讓給我個人」等語（見
03 供述證據卷第49頁背面），倘其所述屬實，則本案建築似係以
04 力榮公司之資金興建，並非當然為廖國永所有。原審對此攸關
05 上訴人圖利對象究係力榮公司或廖國永個人之判斷有重要關係
06 之事項，未予調查分辨釐清並說明認定之理由，遽指本案建築
07 繼續違法留存及使用之利益均係由廖國永獲得，併有調查職責
08 未盡及理由欠備之違誤。

09 (三)貪污治罪條例第6條第1項第5款之非主管或監督事務圖利罪，
10 實質上係運用其職權機會或身分地位之影響力而圖利；至該款
11 規定中所謂「法令」並非僅指與執行該項職務有關之法令，尚
12 及於所有公務員所應遵守之基本規範，故對非主管監督之事
13 務，如有違反其他公務員應遵守之法令或義務者，仍屬「違背
14 法令」，乃本院最近統一之見解（本院110年度台上字第5217
15 號刑事判決參照）。原判決於理由內說明「本罪（按：指貪污
16 治罪條例第6條第1項第5款之罪）所謂『明知違背法令』，當
17 非指公務員明知違反不得關說等不涉及具體職務內容之倫理規
18 範，必須是公務員明知關說下主管公務員之行政行為違背法
19 令，方具可罰性基礎」（見原判決第32頁），所持見解即有可
20 議。又「民意代表受託於議場外對行政機關或公營事業機構人
21 員為關說、請託或施壓等行為，實質上係運用其職務或身分地
22 位之影響力，使該管承辦人員為積極之行為或消極不為行為，
23 如形式上又具公務活動之性質者，即與其職務具有密切關連，
24 該當於貪污治罪條例第5條第1項第3款公務員職務受賄罪之職
25 務上之行為」，亦為本院最近統一之見解（參照上開110年度
26 台上字第5217號判決意旨），原判決既認上訴人之收受新臺幣
27 30萬元，係憑藉其市議員身分、地位之影響力，干預新北市政
28 府違章建築拆除大隊之行政決定所致（見原判決第37頁），則
29 是否該當於此公務員職務受賄罪規定，亦非無研求之餘地。

30 □綜上，上訴人之上訴意旨指摘原判決此部分違背法令，尚非全
31 無理由。而第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基

01 礎，原判決上述(一)、(二)違背法令情形，已影響於事實之確定，
02 本院無從據以為裁判，應認原判決關於上訴人部分有撤銷發回
03 更審之原因。

04 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

05 中 華 民 國 113 年 1 月 18 日

06 刑事第四庭審判長法官 林立華

07 法官 林瑞斌

08 法官 王敏慧

09 法官 陳如玲

10 法官 李麗珠

11 本件正本證明與原本無異

12 書記官 李淳智

13 中 華 民 國 113 年 1 月 23 日