

最高法院刑事判決

112年度台上字第2166號

上訴人 金士君

選任辯護人 柳國偉律師

林群哲律師

上訴人 劉仁智

選任辯護人 陳柏涵律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國112年1月31日第二審判決（111年度上訴字第2521號，起訴案號：臺灣彰化地方檢察署108年度偵字第6406、6720、8370號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。若上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審以上訴人金士君、劉仁智（合稱金士君2人）均經第一審判決（除第一審判決附表三編號7、14有關金士君部分並非依想像競合犯規定從一重外，其餘均係依想像競合犯規定從一重）論處如其附表三編號1至14「主文、沒收、從刑」欄所示共同對主管事務圖利各12罪刑、公務員假借職務上之權力、機會，故意共同犯圖利容留性交猥褻各2罪刑，

01 及諭知相關之沒收後，檢察官及金士君2人均提起第二審上
02 訴，檢察官明示就第一審判決附表三編號1至7所示部分，僅
03 針對量刑上訴、至於同附表編號8至14部分，則並未明示僅
04 針對量刑上訴；金士君2人則均明示僅就第一審判決之量刑
05 部分提起上訴，經原審審理結果，撤銷第一審判決附表三編
06 號1至7「主文、沒收、從刑」欄關於金士君2人部分之量
07 刑，改判量處如原判決附表（下稱附表）三編號1至7「主
08 文」欄所示之刑；另認定金士君2人有如原判決事實欄所載
09 關於金樂養生館部分之犯行，因而撤銷第一審此部分（即第
10 一審判決附表三編號8至14所示有關金士君2人部分）科刑之
11 判決，並就第一審判決附表三編號14所示有關金士君部分，
12 改判論處金士君公務員假借職務上之權力、機會，故意共同
13 犯圖利容留性交猥褻1罪刑，及均依想像競合犯規定從一重
14 論處金士君2人共同對主管事務圖利各6罪刑、劉仁智公務員
15 假借職務上之權力、機會，故意共同犯圖利容留性交猥褻1
16 罪刑，及諭知相關之沒收，已載述其量刑審酌所憑之依據及
17 裁量之理由；暨依調查證據之結果，憑以認定之心證理由。

18 三、刑事訴訟法第95條第1項第1款所規定之罪名告知，除為保障
19 被告防禦權，並課予法院的闡明告知及訴訟上照料義務外，
20 更是被告在刑事訴訟程序上的請求資訊權規定，基於憲法第
21 8條、第16條正當法律程序及訴訟基本權保障核心的聽審
22 權，具體落實於刑事訴訟程序而課予國家的憲法上告知義
23 務，旨在使被告能充分行使訴訟防禦權，以維審判程序之公
24 平。所謂「犯罪嫌疑及所犯所有罪名」，除起訴書所記載之
25 犯罪事實及所犯法條外，尚包含依刑事訴訟法第267條規定
26 起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名，暨法院依同法第300條
27 規定變更起訴法條後之新罪名。且所稱罪名之變更，除質的
28 變更（罪名或起訴法條的變更）以外，尚包含量的變更造成
29 質的變更之情形（如包括的一罪或裁判上一罪變更為數
30 罪），事實審法院就此等新增或變更之罪名，均應於認有新
31 增或變更之時，隨時、至遲應於審判期日前踐行告知之程

01 序，使被告能知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁
02 判，而確保其權益，至於減刑事由之存否，不在上開罪名變
03 更告知之範圍。本件第一審判決就金士君2人所犯如其附表
04 一編號1至6、附表二編號2至6所示犯行，均依貪污治罪條例
05 第12條第1項減輕其刑。第一審判決後檢察官及金士君2人均
06 提起上訴，檢察官並認第一審判決之量刑過輕。原審審理
07 時，審判長已踐行刑事訴訟法第95條第1項第1款規定之罪名
08 告知，並於檢察官、金士君2人及其等辯護人就事實及法律
09 分別辯論後，依刑事訴訟法第289條第2項規定，依序由檢察
10 官、金士君2人及其等辯護人就科刑範圍進行量刑辯論，有
11 原審民國112年1月5日審判筆錄在卷可憑，所踐行之程序於
12 法無違，並無未經辯論即為不利於金士君2人認定之情形。
13 且第一審判決就金士君2人上開犯行，均依貪污治罪條例第1
14 2條第1項減輕其刑，是否妥適，原審亦無於審理時洩漏心證
15 之必要，則原審於辯論終結後，認上開犯行與貪污治罪條例
16 第12條第1項情節輕微之要件不符，而予撤銷改判，未依該
17 規定減輕其刑，自難謂係對金士君2人造成突襲，有違正當
18 法律程序。金士君上訴意旨指摘原審未踐行詢問本案有無貪
19 污治罪條例第12條第1項之適用，告以上開條文適用之變
20 更，予其充分辯明及辯論之機會，對其造成突襲性裁判，侵
21 害其防禦權云云，依上揭說明，難認係適法之第三審上訴理
22 由。

23 四、刑法第59條之酌量減輕其刑，必其犯罪另有特殊之原因與環
24 境，在客觀上足以引起一般之同情，認為即予宣告法定最低
25 度刑期尤嫌過重者，始有其適用，且是否適用刑法第59條規
26 定酌量減輕其刑，係實體法上賦予法院得依職權裁量之事
27 項。原審認金士君2人身為警察，辦理正俗業務、執行查緝
28 取締臨檢色情行業，竟知法犯法，為圖一己之利而為本案犯
29 行，破壞人民對於警察公正、公平執行公務的信賴，其犯罪
30 情狀並無顯可憫恕，且有關附表一編號1至6及附表二編號1
31 至6所示犯行，經適用貪污治罪條例第8條第2項前段規定減

01 輕其刑後的法定最低刑度，並無科以最低刑度仍嫌過重的情
02 形，均無再適用刑法第59條酌減其刑之餘地。核其論斷，於
03 法無違。金士君上訴意旨置原判決明白之論敘於不顧，指摘
04 原判決關於上開犯行，未依刑法第59條予以酌減其刑，有判
05 決不適用法則之違法云云，亦非合法之第三審上訴理由。

06 五、貪污治罪條例第12條第1項規定：犯第4條至第6條之罪，情
07 節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣（下
08 同）5萬元以下者，減輕其刑。所謂「所得或所圖得財物或
09 不正利益在5萬元以下」，於共同正犯應合併計算其金額或
10 價額，此為本院最近所持之統一見解。至於情節輕微與否，
11 應依一般社會通念，審酌貪污舞弊之手段、型態、戕害吏治
12 之程度及對社會秩序、風氣之影響等一切情節予以認定。本
13 件附表二編號1所示犯行，金士君2人各獲取之犯罪所得為3
14 萬元，合計已超過5萬元，與貪污治罪條例第12條第1項規定
15 要件不符。另原判決已說明金士君2人所犯如附表一編號1至
16 6、附表二編號2至6所示各次犯行，2人之犯罪所得金額固然
17 不多，但金士君任職彰化縣警察局和美分局（下稱和美分
18 局）第一組警員，負責辦理正俗業務，查緝取締不法色情業
19 者；劉仁智擔任和美分局大霞派出所巡佐，時而支援查緝取
20 締、臨檢色情業者等勤務，2人負有維護社會安全、導正善
21 良風俗之義務，竟為圖利自己所參與經營的養生館而為上開
22 犯行，破壞國家法治、對社會秩序、風氣之影響程度顯非輕
23 微，與貪污治罪條例第12條第1項規定「情節輕微」之要件
24 不符，無從依上開規定減輕其刑等旨。所為論斷，於法尚無
25 違誤。另犯罪所得之沒收或追徵其價額，係法院剝奪犯罪行
26 為人之不法所得，將之收歸國有之裁判。對於犯罪直接利得
27 之沒收，係採相對總額原則或稱兩階段計算法，於前階段有
28 無利得之審查時，祇要與行為人犯罪有因果關聯性者，無論
29 是為了犯罪而獲取之報酬、對價或經由犯罪而獲得之利潤、
30 利益，皆為此階段所稱直接利得。而直接利得之數額判斷標
31 準在於沾染不法之範圍，嗣於後階段利得範圍之審查時，始

01 依總額原則之立法規定及出於不法原因給付不得請求返還之
02 不當得利法理，不予扣除犯罪支出之成本。劉仁智上訴意旨
03 稱貪污治罪條例第12條第1項所稱所得財物在5萬元以下，其
04 數額之計算，應依行為人自己實際所得之總額為準，且所獲
05 得之利益係經營養生館所得，並非藉由警察身分所收取之賄
06 賂，尚非重大之貪污行為云云；金士君上訴意旨謂其投資君
07 悅、金樂養生館有支出12萬5,000元之成本，原審在計算犯
08 罪所得時，未予扣除，逕認其無貪污治罪條例第12條第1項
09 規定之適用云云，指摘原判決不當，均係對上開規定有所誤
10 解，亦非適法之第三審上訴理由。

11 六、貪污治罪條例第8條第2項規定：犯第4條至第6條之罪，在偵
12 查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其
13 刑；因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。該條項
14 後段所謂「因而查獲其他正犯或共犯」，係指因被告之自白
15 供述，而查獲其他正犯或共犯而言。是倘偵查（或調查）犯
16 罪之公務員已先掌握確切之證據，足以合理懷疑該被查獲之
17 人為正犯或共犯，即與上開規定不符。原判決已敘明劉仁智
18 到案後，初於108年6月26日下午警詢及同年月27日解送臺灣
19 彰化地方檢察署訊問時均否認犯行，迄同年月27日19時10分
20 許在第一審羈押訊問時始坦承犯行，並供出「小金哥是和美
21 分局一組金士君」。而金士君是本案共犯一節，在劉仁智供
22 述「小金哥是和美分局一組金士君」前，辜桂玲、洪福林
23 （上揭2人均經原審判刑確定）於108年6月26日下午警詢
24 時，已明確供稱金士君為共同正犯，並指認照片無誤，有洪
25 福林、辜桂玲之警詢筆錄在卷可稽；又洪福林、辜桂玲於同
26 年月26日晚上在臺灣彰化地方檢察署複訊時，仍為相同之供
27 述，有偵訊筆錄在卷可證。且金士君持用之門號0000000000
28 號行動電話，自107年9月18日起，已為法務部調查局彰化縣
29 調查站執行通訊監察，有通訊監察書在卷可憑，可知金士君
30 早已被列為調查對象，檢、調並於108年6月26日上午陸續扣
31 得辜桂林、洪福林、劉仁智等人的行動電話，有搜索票及搜

01 索扣押筆錄在卷可參，足認在劉仁智供述「小金哥是和美分
02 局一組金士君」前，檢調已先掌握確切之證據，足以合理懷
03 疑金士君為共同正犯，起訴書認為劉仁智符合貪污治罪條例
04 第8條第2項後段規定，容有誤會等旨，則原審未依貪污治罪
05 條例第8條第2項後段規定予劉仁智減免其刑，於法無違。劉
06 仁智上訴意旨仍執陳詞，指摘原判決未依上開規定予以減免
07 其刑，有所不當，亦非合法之第三審上訴理由。

08 七、刑事訴訟法採改良式當事人進行主義，證據調查原則上由當
09 事人主導，法院僅於例外情形依職權作補充性之調查證據，
10 雖依刑事訴訟法第163條第2項但書規定，法院基於公平正義
11 之維護或對被告之利益有重大關係事項，應依職權調查證
12 據。然此須法院於當事人主導之證據調查完畢後，認事實未
13 臻明確，而有釐清之必要，且有調查之可能時，始負調查之
14 義務，並非須依職權，窮盡一切可能方法，蒐集證據，以發
15 現真實，倘事實已明，當事人未指出調查之途徑，及與待證
16 事實之關聯性，法院未依上開規定調查，即難謂有調查職責
17 未盡之違法。本件劉仁智及其原審辯護人於原審準備程序，
18 並未聲請調查證據，有原審111年11月11日準備程序筆錄在
19 卷可稽。嗣原審審判期日，經審判長詢以有無證據請求調查
20 時，劉仁智及其原審辯護人均答稱：沒有等語，有原審112
21 年1月5日審判筆錄在卷可證。則原審以本件事證已明，未為
22 其他無益之調查，難謂有調查職責未盡之違法。劉仁智上訴
23 意旨稱原審未依職權傳喚莊佳瑋檢察官到庭以釐清其何以於
24 起訴書載述劉仁智符合貪污治罪條例第8條第2項後段之減刑
25 規定，而遽行判決，有應於審判期日調查之證據未予調查之
26 違法云云，係對上揭規定有所誤解，執以指摘，自非適法之
27 第三審上訴理由。

28 八、同案被告間，其犯罪情狀難免各有差異，法院所為之量刑，
29 若未違反公平或比例原則，自難指為違法。原判決已敘明其
30 審酌劉仁智前無犯罪科刑紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀
31 錄表可憑，其身為警察，為圖一己之利而為本案犯行，糟蹋

01 警譽，其與金士君、辜桂玲、洪福林共同經營色情養生館，
02 其中經營金樂養生館的收入較豐，可分得較多之不法利益，
03 對社會風俗秩序之侵害程度甚於君悅養生館，犯罪情節非
04 輕，犯後於警詢最初否認犯行，但於偵訊及法院審理時已坦
05 承認罪，兼衡其自述的智識程度、家庭及生活狀況、犯罪之
06 動機、目的、所生危害等一切情狀，而分別量處如主文第2
07 項即附表三編號1至14所示之刑，並考量所犯各罪的罪質，
08 時間之間隔、侵害法益之同一性，如以實質累加方式定應執
09 行刑，處罰之刑度顯將超過其行為之不法內涵，而依責任遞
10 減原則，定其應執行有期徒刑4年2月，雖金士君所犯相同罪
11 名，其各次之宣告刑均較劉仁智輕1個月，應執行刑則輕8個
12 月，為有期徒刑3年6月。惟原審係考量其2人之犯罪情節略
13 有不同，因此量刑略有差異，且此為原審刑罰裁量職權之適
14 法行使，自難以劉仁智之各罪宣告刑及應執行刑均較金士君
15 重，即指原審量刑有所不公，劉仁智上訴意旨執此指摘原判
16 決量刑不當，無非對原審量刑裁量職權之適法行使，任意指
17 摘，仍非合法之第三審上訴理由。

18 九、金士君2人其餘上訴意旨，均非依據卷內訴訟資料具體指摘
19 原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原判決已明白
20 論斷說明之事項，暨其他不影響於判決結果之枝節問題，漫
21 事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相
22 適合，揆之首揭說明，金士君2人之上訴均違背法律上之程
23 式，皆應予駁回。又有關劉仁智假借職務上之權力、機會，
24 故意共同犯圖利容留性交猥褻罪得上訴第三審法院部分之上
25 訴，既因不合法而從程序上予以駁回，則與之有裁判上一罪
26 關係而不得上訴第三審法院之公務員洩密罪部分（無刑事訴
27 訟法第376條第1項但書規定情形）之上訴，自無從為實體上
28 審判，應併予駁回。

29 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

30 中 華 民 國 112 年 7 月 13 日
31 刑事第八庭審判長法官 何菁莪

01
02
03
04
05
06
07

本件正本證明與原本無異

法官 何信慶
法官 朱瑞娟
法官 黃潔茹
法官 劉興浪

書記官 鍾惠萍

中 華 民 國 112 年 7 月 17 日