

最高法院刑事判決

112年度台上字第3917號

上訴人 張來賢

選任辯護人 翁偉倫律師

蔡瑞煙律師

蕭仰歸律師

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112年6月13日第二審判決（112年度上訴字第1367號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署109年度偵字第7382號、110年度偵字第2253號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第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。如果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、本件原判決撤銷第一審關於其事實欄二之(一)所示上訴人張來賢之科刑判決，變更起訴法條，改判依想像競合犯，從一重論處上訴人共同犯公務員對主管事務圖利（尚犯公務員共同洩漏關於中華民國國防以外應秘密之消息）罪刑（包含褫奪公權）。另維持第一審關於論處上訴人犯公務員對主管事務圖利共2罪刑（包含褫奪公權）部分之判決，駁回其此部分在第二審之上訴。就（共同）犯公務員對主管事務圖利部分，已詳敘認定犯罪事實所憑證據及理由。

01 三、第二審判決書，得引用第一審判決書所記載之事實、證據及
02 理由，對案情重要事項第一審未予論述，或於第二審提出有
03 利於被告之證據或辯解不予採納者，應補充記載其理由。刑
04 事訴訟法第373條定有明文。觀其立法目的，該條前段旨在
05 簡化第二審判決書之製作，減輕第二審法官的負擔，後段則
06 係為符合我國刑事訴訟第二審係覆審制之法意。原判決事實
07 及理由欄貳載敘：「經本院審理結果，認第一審對被告論罪
08 科刑，除①原判決第4頁第15至16行所載『及張來賢對於非
09 主管或監督之事務、張存秀對於主管或監督之事務』更正為
10 『及共同對於張存秀主管之事務』、第5頁第11至13行及第7
11 頁第21至22行所載『張來賢對於非主管業務，張存秀對於主
12 管業務，各自利用職權機會』均更正為『被告及張存秀共同
13 對於張存秀主管之事務』……②證據部分增列『證人張存秀
14 於本院審理時之證述』；③應撤銷原判決關於其事實欄二(一)
15 被告之罪刑暨定應執行刑部分之理由（見後述『伍』）外，
16 其餘認事、用法及量刑均無不當，並引用第一審判決書所記
17 載之事實、證據及理由（如附件關於被告部分）。」已詳述
18 第一審判決書何部分之記載應予更正，亦已將第一審判決書
19 作為附件，並補充記載相關證據及改判之理由，整體觀察並
20 無使不同之事實及論罪理由併存之情形，尚難謂其引用第一
21 審判決書之記載為違法。上訴意旨以原判決既撤銷第一審判
22 決，改判論上訴人以公務員共同對主管事務圖利罪，卻併引
23 用第一審判決書記載之論罪理由，使不同之論罪理由併存，
24 有理由矛盾之違法。且原判決此部分事實認定及所憑證據，
25 顯與第一審判決不同，亦非出於誤寫、誤算之顯然錯誤，即
26 無「更正」認定之事實可言。原判決仍引用第一審判決書記
27 載之事實、證據及理由，依本院110年度台上字第665號判決
28 意旨，亦非適法等語。惟查原判決並無上訴意旨所指使不同
29 之論罪理由併存之違法情形。至本院110年度台上字第665號
30 判決之案例事實（第二審與第一審認定之詐欺金額顯然有
31 異），與本件不同，尚難比附援引。此部分上訴意旨，核係

01 就原判決已說明之事項，以自己之說詞，依憑己意而為指
02 摘，並非上訴第三審之適法理由。

03 四、審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證；審判長每調查一
04 證據畢，應詢問當事人有無意見。刑事訴訟法第47條、第28
05 8條之1第1項分別定有明文。依卷附原審審判程序筆錄之記
06 載，原審審判長於調查證據時，業依證據之性質，逐項提示
07 並告以要旨或供辨認，使上訴人及其原審辯護人表示意見，
08 尚非以一次包裹提示方式調查證據。況上訴人及其原審辯護
09 人對此調查證據方式，亦未於原審適時聲明異議，自不容上
10 訴人事後再為爭執。上訴意旨以原審一次包裹提示數筆證
11 據，並未逐一調查證據，違反刑事訴訟法第164條第1項、第
12 165條第1項、第288條之1第1項規定，指摘原審未依法踐行
13 調查證據之程序，殊非適法上訴第三審之理由。

14 五、判決理由關於證據能力之說明，於有罪判決，若當事人未爭
15 執時，得不予說明，當事人有爭執時，方加以說明。又文書
16 由公務員制（製）作者，應記載制（製）作之年、月、日及
17 其所屬機關，由制（製）作人簽名，刑事訴訟法第39條固定
18 有明文，然此所稱文書，係指為使特定之訴訟行為，符合法
19 律規定之程式所製作者。實施刑事訴訟程序之公務員，依據
20 偵查犯罪機關合法監聽所得之錄音帶（光碟）而製作之通訊
21 監察譯文，雖係文書，然非訴訟行為所應具備之法定程式，
22 自無上開規定之適用。再依據監聽所得錄音帶（光碟）翻譯
23 製作之通訊監察譯文，乃該監聽錄音內容之顯示，於被告或
24 訴訟關係人對該譯文之真實性發生爭執或有所懷疑時，法院
25 應依法勘驗該監聽之錄音帶（光碟）踐行調查證據程序，以
26 確認該錄音聲音是否為本人及其內容與通訊監察譯文之記載
27 是否相符；然如被告或訴訟關係人對其監聽錄音譯文之真實
28 性並不爭執，即無再辨認其聲音之必要，故法院於審判期日
29 就此如已踐行提示通訊監察譯文供當事人辨認或告以要旨，
30 使其表示意見等程序並為辯論者，其所為之調查證據程序即
31 無不合，自得作為證據。另勘驗之主體僅限於法院或檢察

官，此觀刑事訴訟法第212條規定甚明。法務部廉政署（下稱廉政署）廉政官前往現場勘察，與法院或檢察官之勘驗性質有別。廉政官就個案製作之「現勘紀錄」，仍應受傳聞法則之規範，除有刑事訴訟法第159條之5規定之適用外，並非當然具有證據能力。原判決（引用第一審判決書之記載）已敘明本案有關被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，依刑事訴訟法第159條之5規定，如何得為證據。且上訴人及其原審辯護人於原審準備程序就原判決所引用之通訊監察譯文及廉政署民國109年12月14日之現勘紀錄，均同意有證據能力，於審理期日就該等證據之證明力，皆表示沒有意見，有準備程序及審判程序筆錄各在卷可憑。原判決援引該等證據認定上訴人之犯罪事實，自無違反證據法則可言。且上訴人於原審既未爭執該等證據之證據能力，原判決未特別說明該等證據如何具有證據能力，尚非理由不備。上訴意旨以卷附通訊監察譯文僅登載：「譯文製作人員：廉政官陳詠星」，未記載製作之年、月、日，亦未由製作人「簽名」，違反刑事訴訟法第39條規定，屬不合法定製作程式之文書證據。另刑事訴訟法第212條所定之勘驗，應由檢察官或法官為之。卷附廉政官前往違章建築現場勘察之「現勘紀錄」，屬實施刑事訴訟程序之公務員違背法定程序取得之證據。指摘原判決未說明該等證據如何具有證據能力，即引為認定其犯罪事實之證據，不但違反證據法則，並有理由不備之違法，俱非上訴第三審之適法理由。

六、證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。

(一)原判決綜合判斷卷內證據資料，認定上訴人確有本件犯行。並敘明：1.上訴人明知○○市○○區○○路0號0樓「鄧老師養生館」（嗣於109年4月16日更名為「腳中傳奇企業社」），因違規營業遭基隆市政府於108年6月3日、同年9月26日依建築法第91條第1項第1款規定各裁處罰鍰新臺幣（下同）6萬元、12萬元，如再經稽查，定因違反同一規定而裁

01 罰，仍於109年3月30日、同年5月14日、同年7月7日將張存
02 秀（基隆市政府產業發展處工商管理科〔下稱產發處工商
03 科〕約僱人員）所告知聯合稽查小組將前往稽查之消息，通
04 知王順泰，使王順泰得以於109年3月30日、同年5月14日將
05 「腳中傳奇企業社」（「鄧老師養生館」）暫停營業（「腳
06 中傳奇企業社」於109年7月7日未暫停營業，經基隆市政府
07 於109年12月14日裁罰12萬元），避免稽查遭罰鍰。上訴人
08 顯有圖利他人之意。又「腳中傳奇企業社」（「鄧老師養生
09 館」）於108年9月26日、109年12月14日，均經裁罰12萬
10 元，則上訴人2次圖「腳中傳奇企業社」（「鄧老師養生
11 館」）免受裁罰之不法利益，皆為12萬元。2.上訴人明知依
12 違章建築處理辦法第5條前段、第6條、基隆市政府93年2月2
13 7日基府工程貳字第0000000000C號公告及基隆市政府辦理施
14 工中違章建築即報即拆作業規定第2點等規定，施工中之違
15 章建築經核定後，應強制拆除，不得准許緩拆或免拆。又依
16 證人莊博雅之證詞，違章建築是由基隆市政府都市發展處使
17 用管理科（下稱使管科）承辦人核定，核定當時為施工中違
18 建，送至使管科拆除組處理時，並不會因違建已經完工而影
19 響施工中違建的事實。基隆市中正區平一路27巷6號4樓頂樓
20 加蓋違章建物（下稱平一路違建）及基隆市中正區調和街15
21 6號違章建築（下稱調和街違建），均屬施工中違建，由其
22 核定拆除，上訴人或拆除組同仁不可以對核定拆除通知單所
23 載內容，擅自做不同的認定。是上訴人並無核定拆除違建之
24 權限，且其僅為拆除組組長，其職務即在依「違章建築核定
25 拆除通知單」及「違章建築拆除時間通知單」內容指示組員
26 前往拆除，而非逾越權責，逕自決定不予執行。3.林國卿不
27 顧基隆市政府勒令停工通知，繼續建造平一路違建，又於收
28 受拆除通知後，先與上訴人見面，並於拆除組人員前來執行
29 拆除時，撥打上訴人電話以阻攔拆除，事後亦無任何自行拆
30 除之動作。林國卿找上訴人見面，係為保存違建，並無自行
31 拆除之意。且上訴人指示許志嘉（使管科拆除組班長）「讓

他自行處理」，亦未使許志嘉確認林國卿是否自行拆除或排
定拆除組前往會勘，顯係受林國卿請託而蓄意不予安排拆
除，自有圖使林國卿保有平一路違建不法利益之故意。另李
程祥將「違章建築勒令停工單」、「違章建築拆除時間通知
單」、「房屋稅籍證明書」等文件交予上訴人之目的，係為
要求上訴人勿拆除調和街違建。且上訴人與李程祥見面，待
李程祥離開後，隨即將上開文件撕毀丟棄，事後亦未指派拆
除組前往拆除，益見其於受李程祥請託後，確無將調和街違
建排入強制拆除行程，而有圖使李程祥保有調和街違建不法
利益之故意。4.上訴人係因與林國卿、李程祥（下稱林國卿
等2人）見面或聯繫後，應其等要求，或指示拆除組撤離平
一路違建現場，或未將調和街違建排入拆除行程，事後未再
安排組員至現場勘察屋主是否已自行拆除違建，其係配合林
國卿等2人要求而故意未將上開違建排入拆除行程，與拆除
組應拆除之其他違建件數無關。復據拆除組工作日誌所載，
多有核定拆除通知單日期迄現場執行時間已逾5日，上訴人
仍指示拆除組人員前往拆除之情形，顯見上訴人係因受林國
卿等2人請託而自行決定不予拆除，而非因承辦人員未於規
定時間內送達核定拆除通知單至拆除組辦理之緣故，乃不予
拆除。再者，依拆除組編制之人力及能力，雖不足以執行基
隆市每年度全部應拆除違章建築之數量。然許志嘉於108年9
月10日已攜帶機具到場，原計劃以破壞屋頂鋼架及四面磚牆
之方式執行強制拆除，顯非因人力或能力不足以執行違建拆
除。參以平一路違建係於110年6月11日，由基隆市政府委外
派工拆除，而調和街違建則由違建人於110年7月26日自行拆
除完成，距林國卿於108年9月10日、李程祥於109年4月20日
撥打電話予上訴人，分別事隔1年9月、1年3月之久。足認上
訴人確有圖利林國卿等2人。5.上訴人所為其係協助王順泰
合法營業，並無圖利意圖。又基隆市政府編列之預算及編制
內人力無法就每個違建案全部予以拆除，要處理的違建很
多。其擔任使管科拆除組組長，本有為確保公共利益最大

01 化，在有限資源之情形下，安排違建物拆除優先順序之裁量
02 權，而「違章建築拆除時間通知單」僅為拆除組人員潘瑞勇
03 照表操課所填載，實際上必定存在非優先拆除之項目而無法
04 如期執行之情，其就個別案件有暫緩拆除之裁量權限，並無
05 違背法令，不該當對主管事務圖利罪之辯解，如何不足採納
06 等由甚詳。所為論列說明，與卷證資料悉相符合，亦不違反
07 經驗、論理法則。

08 (二)上訴人提起第三審上訴，以：1.原判決所引用之第一審判決
09 事實欄二、(一)之1.記載「鄧老師養生館」經基隆市政府於10
10 8年6月3日、同年9月26日各裁罰6萬元、12萬元。惟事實欄
11 二、(一)、2.之(1)、(2)卻記載「鄧老師養生館」前於108年9月
12 26日、109年12月14日均經基隆市政府裁罰12萬元。「鄧老
13 師養生館」遭裁罰之次數及金額，究竟為何？且「鄧老師養
14 生館」於109年3月30日、同年5月14日既未營業，縱遭查緝
15 亦未必即會處以行政罰鍰。原判決遽行認定因其洩漏查緝消
16 息予王順泰，使「鄧老師養生館」受有免受12萬元行政罰鍰
17 之不法利益，有認定事實未依證據、理由未備、矛盾之違
18 誤。2.由證人傅俊昇（使管科科长）、許志嘉、潘瑞勇之證
19 言、其之供述及基隆市政府111年3月15日函，可知使管科違
20 建組核定之拆除案件量，遠超出拆除組之拆除量能。其為拆
21 除組組長，須面對各方陳情壓力，合理分配有限資源。又違
22 章建築之拆除方式，尚包括予所有權人自行改善、令所有權
23 人補辦相關手續及委外僱工拆除。違章建築拆除時間通知單
24 所載拆除期日，係固定以張貼日加計20日填載，尚非確定執
25 行拆除之期日。已開立違章建築拆除時間通知單，未必即屬
26 應優先拆除之建物。故除具公共安全疑慮、有高度紛爭性之
27 違章建築，應優先拆除外，其就拆除建物之優先順序及是否
28 暫緩執行拆除，具有行政裁量權，以衡平公共利益之追求及
29 人民財產權之保護。非應優先拆除之違章建築，縱未能於違
30 章建築拆除時間通知單所載期日進行拆除，僅係其裁量拆除
31 優先順序之結果，並非其明知違背法令而不執行拆除。3.平

一路違建及調和街違建，雖經查報為施工中違建，惟拆除組收到「違章建築核定拆除通知單」時，應已完工，非屬「施工中之違章建築」，均無已停止實施之基隆市政府辦理施工中違章建築即報即拆作業規定之適用。且平一路違建，係加蓋於公寓4樓頂，RC造，高約3公尺，面積約15平方公尺之建物。調和街違建，係1層鐵皮造，高3公尺，面積21平方公尺之建物。均無立即影響公共安全之虞，皆非應優先拆除之違建。再者，由林國卿等2人之證述，可知其等均有向上訴人及拆除人員表示願意自己拆除或解決違建問題。林國卿等2人向其陳情時，其為免日後產生爭議，減少民怨，始暫緩拆除違建，屬合法、合理之裁量，與明知違背法令之主觀要件不合，不成立圖利罪。且其未允諾林國卿等2人不拆除違建，亦未將案件結案，並未使林國卿等2人因此免除拆除違建及負擔行政罰之義務。況依本院72年度台上字第4607號、85年度台上字第2657號判決意旨，使用違章建築非屬圖利罪之不法利益。原判決遽行認定其使林國卿等2人獲得「違建未予拆除而得繼續保有」之不法利益，成立圖利罪，有不備理由之違誤等語。

(三)惟查：「腳中傳奇企業社」（「鄧老師養生館」）於108年6月3日、108年9月26日、109年12月14日，經基隆市政府依序裁罰6萬元、12萬元、12萬元。第一審判決事實欄二、(一)之1.記載「鄧老師養生館」經基隆市政府於108年6月3日、同年9月26日各裁罰6萬元、12萬元，與事實欄二、(一)、2.之(1)、(2)記載「鄧老師養生館」於108年9月26日、109年12月14日均經基隆市政府裁罰12萬元，並無錯誤或矛盾之處。又違章建築依相關法令應即予查報、拆除，而故不依法簽報，致仍得繼續保有該違章建築之整體用益狀態，為貪污治罪條例第6條第1項第4款所規定之圖其他私人不法利益（本院109年度台上字第3214號判決意旨參照），此為本院之一致見解。上訴人主張使用違章建築非屬圖利罪之不法利益，自無可採。其餘所述，經核係就原審採證、認事之職權行使、原

01 判決已說明及於判決無影響之事項，任意指摘為違法，或為
02 事實之爭辯，皆非適法上訴第三審之理由。

03 七、事實審法院得本於職權裁量之事項，而綜合其他證據已可為
04 事實之判斷者，非可認係應於審判期日調查之證據而未予調
05 查之違法。又當事人、辯護人聲請調查之證據，法院認為不
06 必要者，得依刑事訴訟法第163條之2第1項以裁定駁回之，
07 或於判決理由予以說明。與待證事實無重要關係者，應認為
08 不必要，亦為同條第2項第2款所明定。原判決綜合卷內證據
09 資料，已足認定上訴人確有本件犯行，復已敘明上訴人聲請
10 傳喚證人葉嘉明（使管科技正），欲證明其未違背法令，不
11 成立圖利罪，如何無調查之必要。此部分既欠缺調查之必要
12 性，原審未再為無益之調查，依前揭說明，無違法可言。上
13 訴意旨以本件須依基隆市政府拆除違章建築人員之編制、處
14 理程序及得否決定緩拆之實際狀況，判斷其是否成立圖利
15 罪，指摘原審未傳喚葉嘉明，有應於審判期日調查之證據而
16 未予調查之違法，並非上訴第三審之適法理由。又上訴人確
17 有圖利林國卿等2人之事實證已明，上訴人及其原審辯護人於
18 原審亦未聲請傳喚林國卿等2人，原審未為無益之調查，尚
19 非調查未盡。上訴意旨以林國卿等2人為平一路違建、調和
20 街違建之建造人，其等向上訴人表示願意自行解決違建問
21 題。指摘原審未依職權傳喚林國卿等2人，有應於審判期日
22 調查之證據而未予調查之違法，同非適法上訴第三審之理
23 由。

24 八、貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪，因公務員不待他
25 人意思之合致或行為之參與，其單獨一人亦得完成犯罪，故
26 非屬學理上所謂具有必要共犯性質之「對向犯」，自不得引
27 用「對向犯」之理論而排除共同正犯之成立。公務員與無公
28 務員身分之人，如具有犯意聯絡、行為分擔，共同對於該公
29 務員主管之事務，圖無公務員身分者（即圖利之對象）之不
30 法利益並因而使其獲得利益，依貪污治罪條例第3條及刑法
31 第28條、第31條第1項之規定，自得成立圖利罪之共同正

犯。此與公務員單純受無公務員身分之人之關說或請託，而單方面圖利該無身分關係之人，或所圖得之不法利益，係取自該無身分關係之人，因彼此間處於對向關係，不具犯意聯絡及行為分擔，該無身分關係之人不能遽依公務員圖利罪之共同正犯論擬之情形有別。本件原判決事實認定上訴人及張存秀共同對於張存秀主管之事務，明知違背基隆市政府維護公共安全聯合稽查作業要點等法令規定，由張存秀利用其為產發處工商科指派參與聯合稽查小組之稽查人員，而負責工商業稽查等事務職權之機會，意圖使「鄧老師養生館」（「腳中傳奇企業社」）免於受裁罰之不法利益之犯意，而由張存秀告知上訴人聯合稽查小組將前往稽查之消息，再由張存秀通知王順泰，使王順泰得以將「腳中傳奇企業社」（「鄧老師養生館」）暫停營業，免受稽查罰鍰。理由並敘明張存秀為產發處工商科約僱人員，負責工商業稽查及行政罰鍰等事務，且係產發處工商科指派參與聯合稽查小組之稽查人員，公共安全聯合稽查相關事項係其主管事務。上訴人為使管科拆除組組長，負責拆除組人員、業務，工商業稽查非其主管業務，惟其與主管該業務之張存秀有犯意聯絡及行為分擔，依刑法第31條第1項前段規定，應與張存秀論以貪污治罪條例第6條第1項第4款之對主管事務圖利罪之共同正犯等旨。依原判決所確認之事實，其認定上訴人應與張存秀論以對主管事務圖利罪之共同正犯，尚無不合。雖原判決論罪法條漏列貪污治罪條例第3條之規定，主文略未載明上訴人不具主管事務身分之旨，有欠周詳。然此等瑕疵於判決本旨（上訴人應論以對主管事務圖利罪之共同正犯）不生影響，尚難據為上訴第三審之合法理由。上訴意旨以上訴人陪同王順泰拜訪，並為王順泰出面請託張存秀，其與張存秀各有目的，各就其行為負責，無犯意聯絡可言。其與王順泰同處於張存秀圖利之對向，與張存秀不成立對主管事務圖利罪之共同正犯。又原判決未適用貪污治罪條例第3條，而適用刑法第31條第1項前段規定，論上訴人以犯公務員對非主管

01 事務圖利罪之共同正犯，主文復未載明其係與有此身分之張
02 存秀共犯之旨，有不適用法則及適用法則不當之違誤等語。
03 核係就原判決已說明及於判決無影響之事項，以自己之說
04 詞，依憑己意而為指摘，並非適法上訴第三審之理由。

05 九、起訴書犯罪事實二、(三)之㊟（即109年7月7日稽查「腳中傳
06 奇企業社」事件）部分，並未記載上訴人與張存秀有圖「腳
07 中傳奇企業社」（「鄧老師養生館」）免除罰鍰之不法利
08 益。本件檢察官起訴之犯罪事實，既未包括上訴人於109年7
09 月7日圖「腳中傳奇企業社」（「鄧老師養生館」）免除罰
10 鍰之不法利益。原判決未於理由內說明該部分不成立圖利
11 罪，自無違法可言。上訴意旨以原審未就上訴人被訴於109
12 年7月7日圖「腳中傳奇企業社」（「鄧老師養生館」）免除
13 罰鍰之不法利益部分，說明圖利罪未處罰未遂犯，亦未於理
14 由內敘明此部分應不另為無罪諭知之旨等語，指摘原判決有
15 不適用法則及適用法則不當之違誤，顯非上訴第三審之適法
16 理由。

17 十、貪污治罪條例第8條第2項前段規定：「犯第4條至第6條之
18 罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，
19 減輕其刑」，旨在鼓勵公務員於犯貪污罪之後能勇於自新而
20 設。此所謂「自白」，係指對自己之犯罪事實全部或主要部
21 分為肯定供述之意。由於自白著重在過去犯罪事實之再現，
22 對該當於犯罪構成要件事實之法律上評價，或阻卻違法、責
23 任之事由，有所主張，固不能否認被告坦承犯罪事實而成立
24 自白之效力。然有無犯貪污罪之故意，牽涉貪污犯罪主觀構
25 成要件之成立與否，自屬貪污犯罪之重要構成要件事實。倘
26 行為人就貪污犯罪重要構成要件之事實即犯罪故意一節，並
27 未坦承，即難認已就貪污犯罪自白。卷查上訴人於偵查中既
28 未坦承其主觀上具有圖利他人之犯意，難謂已就（共同）犯
29 公務員對主管事務圖利之犯罪事實自白。上訴意旨以上訴人
30 於偵查中所稱：「我沒有圖利的意圖」、「因為我沒有辦法
31 去每個案件去拆掉，我一定要找對我效力（率）比較高的案

01 件去做」、「我剛剛看照片只是一點點，不是什麼最優先之
02 案子」、「我想說他要自己拆，就讓他自己拆」，僅係主張
03 其有違法阻卻事由或責任阻卻事由（沒有圖利之故意），無
04 礙於其已就與張存秀共同對主管事務圖利及對於主管事務圖
05 利林國卿等2人犯罪事實之主要部分為自白之認定，指摘原
06 判決未依貪污治罪條例第8條第2項前段規定減輕其刑，有不
07 適用法則之違誤，殊非適法上訴第三審之理由。

08 十一、貪污治罪條例第12條第1項所定犯同條例第4條至第6條之
09 罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在「5
10 萬元以下」者，減輕其刑。必須所犯同條例第4條至第6條
11 之罪，同時具備「情節輕微」暨「其所得或所圖得財物或
12 不正利益在5萬元以下」二項要件者，始可依上述規定減
13 輕其刑。而情節輕微與否，應依一般社會通念，審酌貪污
14 舞弊之手段、型態、戕害吏治及法益侵害之情節、程度，
15 及對社會秩序之影響等一切情狀，予以認定，並非所得或
16 所圖得財物或不正利益在「5萬元以下」即屬「情節輕
17 微」。依原判決所確認上訴人圖利林國卿等2人之事實，
18 及其理由載敘上訴人於處理主管事務受當事人請託，而故
19 意不予拆除違章建築，均使當事人獲得不法利益，又造成
20 建物處於不安全狀況，公眾使用危險等語。自難謂其犯罪
21 情節輕微。上訴人既不符「情節輕微」之要件，即無前揭
22 減輕其刑規定之適用。上訴人及其原審辯護人於原審復未
23 就此部分聲請調查證據，原判決縱未核實計算上訴人圖利
24 林國卿等2人之不正利益之具體數額，亦未說明上訴人如
25 何無前揭減輕其刑規定之適用，於判決本旨尚不生影響。
26 執此指摘，仍非上訴第三審之適法理由。

27 十二、刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀顯可憫恕，
28 認科以最低刑度仍嫌過重者，始有其適用。至是否酌量減
29 輕被告之刑，則屬實體法上賦予法院得依職權裁量之事
30 項。原審未認本件上訴人有該條規定之情形，而未予酌
31 減，無違法可言。上訴意旨以上訴人犯罪情狀顯可憫恕，

01 如科以最低刑度仍嫌過重，爭執本件應有該條規定之適
02 用，並非適法上訴第三審之理由。

03 十三、刑之量定，屬為裁判之法院裁量之職權，如其量刑已以行
04 為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在
05 法定刑度內，酌量科刑，而無違反公平、比例及罪刑相當
06 原則，致明顯輕重失衡情形，自不得指為違法。原判決已
07 敘明就上訴人共同犯公務員對主管事務圖利罪，以其之責
08 任為基礎，具體斟酌刑法第57條所列各款事項而為量刑，
09 既未逾越法定刑度，亦無違背公平正義之情形，屬量刑裁
10 量職權之適法行使，尚難指為違法。上訴意旨以張存秀為
11 聯合稽查小組成員，上訴人則非成員。原審維持第一審量
12 處張存秀有期徒刑1年3月，卻量處其有期徒刑5年2月，而
13 未說明2人量刑差異之原因，不但違反比例、平等及罪刑
14 相當原則，並有判決理由不備之違法等語。惟查原判決已
15 具體斟酌刑法第57條所列各款事項，合法行使其量刑裁量
16 權限。且張存秀經第一審依貪污治罪條例第8條第2項前
17 段、刑法第59條規定遞減輕其刑，而上訴人並無前揭規定
18 之適用。執此指摘，顯非上訴第三審之適法理由。

19 十四、其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證、認事之職權行使、
20 原判決已說明及於判決無影響之事項，任意指摘為違法，
21 或為事實之爭辯，均與首揭法定之第三審上訴要件不合。

22 十五、依上所述，本件關於（共同）犯公務員對主管事務圖利部
23 分之上訴，均違背法律上之程式，皆應予駁回。至上訴人
24 想像競合犯刑法第132條第1項之公務員共同洩漏關於中華
25 民國國防以外應秘密之消息罪部分，既經第一審及原判
26 決，均認有罪，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定
27 不得上訴第三審法院之案件。上訴人就得上訴部分之上訴
28 既不合法，應從程序上予以駁回，關於公務員共同洩漏關
29 於中華民國國防以外應秘密之消息部分，自無從為實體上
30 之審判，應一併駁回。

31 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

01	中	華	民	國	113	年	1	月	17	日							
02					刑	事	第	六	庭	審	判	長	法	官	李	英	勇
03										法	官	鄧	振	球			
04										法	官	林	庚	棟			
05										法	官	林	怡	秀			
06										法	官	楊	智	勝			
07	本	件	正	本	證	明	與	原	本	無	異						
08												書	記	官	林	修	弘
09	中	華	民	國	113	年	1	月	23	日							