

最高法院刑事判決

112年度台上字第494號

上訴人 李朝卿

選任辯護人 王捷拓律師

林志忠律師

蕭仰歸律師

上列上訴人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111年9月29日第二審更審判決（110年度重矚上更二字第10號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署101年度偵字第4223、4450號，102年度偵字第432、433、434、1189、1190、1191、1192號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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。

本件原判決對於上訴人李朝卿部分，撤銷第一審關於其附表一編號3至90、110、111部分之科刑判決，改判①論處上訴人犯貪污治罪條例第4條第1項第3款之公務員共同經辦公用工程收取回扣（下稱經辦工程收取回扣）共80罪刑（即原判決附表【下稱附表】一編號3至90部分，分別處如各該附表編號所示之有期徒刑5年6月【61罪】、5年8月【17罪】、5年10月【1罪】、6年6月【1罪】，俱褫奪公權5年；另附表一編號13、14；18、19；23、2

4；25、26；37、38；49、50；53、54；85、86部分，各係以一行為觸犯經辦工程收取回扣2罪，依想像競合犯之例，論一經辦工程收取回扣罪），另均為沒收（追徵）之宣告；②依想像競合犯之例，從一重論處上訴人犯貪污治罪條例第4條第1項第3款之公務員共同購辦公用器材、物品收取回扣（下稱購辦公物收取回扣）罪刑（即附表一編號110、111部分，係以一行為觸犯購辦公物收取回扣罪、貪污治罪條例第5條第1項第3款之公務員對於職務上行為期約賄賂罪，處有期徒刑6年2月，褫奪公權5年）（其餘被訴部分均已判處罪刑或判決無罪確定）。已詳敘其調查證據之結果及證據取捨並認定事實之理由；所為論斷，均有卷存證據資料可資覆按。

上訴人之上訴意旨略以：

□原判決犯罪事實欄（下稱事實欄）二（即附表一編號3至90）部分：

(一)原判決既認黃榮德（業經判處罪刑確定）及其妻趙偵宇指述上訴人收取回扣期間內確有財產來源不明之事實，且該財產來源不明之日期及期間，與黃榮德證述之收賄日期一致，故關於民國101年的農曆年年底這次裝在水果禮盒內的賄款是否遭趙偵宇取走及擅行運用乙節，當然有傳喚直接聽聞之證人李柏淵、陳益軒（業經判處罪刑確定）、林琦瑜、吳仲琪（業經判處罪刑確定）等人證述、對質之必要，並應調查黃榮德及趙偵宇之往來金融機構之交易明細，藉以進一步達到直接證明「工程回扣款均由黃榮德、趙偵宇取走運用」、「黃榮德證述交付回扣款不實」，況依黃榮德、李中誠及吳仲琪所述，其等待分配之回扣約新臺幣（下同）975萬元，此金額扣除原判決認定之回扣530萬9926元後，尚有原判決未予認定之回扣443萬元，此與黃榮德之財產來源不明367萬元相當，堪認該443萬元即係原判決所認黃榮德不明財產之來源，黃榮德之不明財產與本件犯罪事實具有重要關聯，原判決竟認黃榮德之不明財產與上訴人有無本案犯行無關，而認此證據調查聲請均無調查之必要，顯然

01 違反證據法則，有證據調查未盡及判決理由不備及理由矛盾之
02 違法。

03 (二)原判決已認定黃榮德與趙偵宇於法務部調查局南投縣調查站
04 (下稱調查站)有「16分36秒」碰面時間，雖指如此短暫時間
05 難以完成勾串全部案情，然趙偵宇之歷次供述並未提及任何標
06 案細節，16分36秒已足以勾串其所述之內容，否則黃榮德、趙
07 偵宇、調查人員陳信安無需於第一審時均否認有該會面，顯無
08 從排除調查人員違法安排黃榮德夫妻會面，使黃榮德為不利上
09 訴人供證，以換取趙偵宇由犯罪嫌疑人轉為證人，藉此隱瞞其
10 犯行，況陳信安詢問黃榮德之第一個問題即為「確認六四分之
11 比例是否正確」，可見該次詢問之錄音錄影前，雙方已先確認
12 好自白之案情，而調查人員既已就收取回扣案情與黃榮德交
13 談、詢問、對話，卻未依刑事訴訟法第100條之1第1項規定全
14 程連續錄音、錄影，偵查手段即屬違法，原判決就此未置一
15 詞，有理由不備之違法。而黃榮德於調查站及偵查中之證詞，
16 既係調查人員以協議利誘之不正方式訊問所得，顯有不可信之
17 情形，不得作為上訴人犯罪事實認定之依據。

18 (三)張志誼(業經判處罪刑確定)在調查站第1次詢問之調查筆錄
19 係由調查員以李中誠(業經判處罪刑確定)、黃榮德之筆錄據
20 以修改而成，且過程中不斷被要求照事先擬好之書面唸，調查
21 人員甚至以透露其他共同被告之供述違法誘導，而張志誼之偵
22 查中選任辯護人張英一律師在短短不到1分鐘內5度誘導張志誼
23 應該要「以黃榮德他們講的為準」，調查人員李青峯亦建議其
24 於檢察官複訊時回答「以他們為主」，其證述顯受張英一律師
25 及調查站人員之影響，則張志誼所為不利於己陳述之任意性及
26 該次調查筆錄之真實性，均屬有疑，應無證據能力，而張志誼
27 其後所為指證上訴人共犯收取回扣之供述，依法亦不得據為判
28 斷上訴人犯罪之依據。

29 (四)卷內並無上訴人指示或出面接觸收取回扣之事證，且吳仲琪、
30 趙偵宇均未親自見聞上訴人有指示或收取回扣之行為，其等證
31 詞至多僅能證明有廠商將款項交予黃榮德、張志誼、李中誠；

而黃榮德、張志誼、李中誠之證詞，至多僅能證明有廠商將款項交予其等，另吳仲琪與李中誠均係聽聞黃榮德說要給上面，但未見聞上訴人與黃榮德、張志誼研議收取回扣之會談，亦未能證明黃榮德有交付回扣予上訴人，均無法直接證明上訴人與其等存有收取回扣之合意，更遑論有何收受回扣之行為。原判決僅憑黃榮德、張志誼有瑕疵之證述為據，而無任何補強證據，即認定上訴人有事實欄二所示之犯行，自有違證據法則。

(五)黃榮德於偵查、歷審中就交付回扣之成數、時間、金額等反覆及前後不一，是否確有將其全權收取之工程回扣款再交予上訴人，有相當疑義。依李中誠、吳仲琪之證詞，其等共彙整100年6、7月、101年1月間前後、101年端午節前後及101年中秋節前後等4次回扣，共計約有1,000餘萬元，而李中誠、黃榮德、張志誼均稱係6、4比例分配，則李中誠、黃榮德、張志誼所取得回扣金額達400萬元。然依黃榮德所述，張志誼與李中誠約拿到140萬元，將上開400萬元扣除140萬元，尚有約260萬元在黃榮德處，黃榮德竟又稱其僅有不法所得60萬元，自有刻意隱瞞實際犯罪金額情事，證詞顯不可採。

(六)原判決認事實欄二所有工程之廠商回扣所得共計4,354,450元，與前開1,000萬元回扣款間，有565萬元差額，原審未究明黃榮德等人另外收取之565萬元及應於黃榮德處之260萬元回扣款之來源及流向，有應調查證據未予調查之違法。再依黃榮德、張志誼及李中誠之證述，可知其等於事實欄二部分所實際分得之回扣數額合計為200萬元，與原判決認定遭黃榮德、張志誼及李中誠朋分之回扣290萬9926元相較，所占成數比例達百分之68.7，並非僅4成，則上訴人究竟如何與黃榮德、張志誼及李中誠等人分配回扣乙節，原判決於事實之認定及理由之說明，前後不相適合而互有矛盾，有判決理由矛盾之違法。況原判決認定吳仲琪另有自101年1月間之回扣款內拿取其中20萬元以抵銷伊先前代墊之公關費用，則上訴人可分得之回扣成數至多為黃榮德、張志誼、李中誠及吳仲琪等人分配完畢後所剩餘之70萬9926元，自無可能多達174萬5955元，可見原判決關

01 於上訴人實際分得之回扣數額之說明與黃榮德、張志誼、李中
02 誠及吳仲琪等人證述不相合適，而有採證認事違反經驗法則及
03 論理法則，且判決理由矛盾之違法。又本案無任何廠商指證上
04 訴人收取回扣，且依卷證資料，本件僅有31筆工程可與上開4
05 次彙整回扣時點相互比對，另有高達56筆工程無法確知其回扣
06 交付之時點，亦無法得知上開工程回扣款確切之流向，原審未
07 探究上情，僅以黃榮德、李中誠、張志誼所合意實施之犯罪模
08 式，率而推認上訴人涉犯本案所有工程之犯罪。惟原判決既採
09 一罪一罰，其各罪是否成立，自應各別依證據判斷之，但其逕
10 以比附援引之方式為之，顯有違證據裁判原則。

11 (七)依起訴書犯罪事實欄五（即事實欄二）之記載，上訴人此部分
12 與黃榮德、張志誼、李中誠等人，收取之回扣共955萬元，扣
13 除黃榮德、張志誼、李中誠各分得之60萬元、80萬元、60萬元
14 外，上訴人計收515萬元；原判決就此部分逕予更正減縮，僅
15 針對其中530萬9926元部分為裁判，就逾此部分之回扣數額及
16 事實等業經起訴者而言，顯有已受請求之事項未予判決之違
17 法。

18 (八)原判決理由欄所採之相關工程書證，究係何者以文書內容、何
19 者以文書外觀，作為待證事實之證明，致有供述證據而有傳聞
20 法則之適用或物證之分，均未經調查及說明，不僅有理由欠備
21 之違法，且無從就此為適用證據法則當否為審斷。何況，該等
22 證據是否出於任意性或屬刑事訴訟法第158條之4之問題，與上
23 開證據有無同法第159條之5之適用，並無必然關聯，原審未綜
24 合審酌該等審判外陳述製作當時之過程、內容、功能等情況，
25 以及其是否具備合法可信之適當性保障等判斷該等審判外陳述
26 作成之情況是否適當之法定必備要件，自有判決理由不備及適
27 用同法第159條之5不當之採證違法。

28 (九)依本院106年度台上字第8號、第3177號、109年度台上字第436
29 號判決意旨，附表一編號8至14、15至17、18至22、29至31、3
30 9、40、42、43，分別係黃榮德先與吳仲琪或李中誠或景泰公
31 司某人約定，於同時、同地一次併同持交予黃榮德收受，上訴

01 人與黃榮德實行前開各自之收取回扣行為完全同一，各應認係
02 想像競合犯，原審未察，就此部分遽論以各別數罪，有事實、
03 理由矛盾、不適用法則及適用法則不當之違誤。

04 □事實欄三（即附表一編號110、111）部分：

05 (一)原判決理由欄所採之此部分相關書面資料，何者係以文書內
06 容、何者以文書外觀，作為待證事實之證明，致有供述證據而
07 有傳聞法則之適用或物證之分，均未經調查及說明，不僅有理由
08 欠備之違法，且無從就此為適用證據法則當否為審斷。何況，
09 該等證據是否出於任意性或屬刑事訴訟法第158條之4之問題，
10 與上開證據有無同法第159條之5之適用，並無必然關聯，
11 原審未綜合審酌該等審判外陳述製作當時之過程、內容、功能
12 等情況，以及其是否具備合法可信之適當性保障等判斷該等審
13 判外陳述作成之情況是否適當之法定必備要件，自有判決理由
14 不備及適用同法第159條之5不當之採證違法。

15 (二)原判決認定上訴人此部分犯行，均係以洪宗賢（業據判處罪刑
16 確定）、江宥頡、施錦郎、林松輝等人之證述為主要依據，惟
17 洪宗賢與簡瑞祺（業經判處罪刑確定）共同收取回扣一事，僅
18 有洪宗賢之單一證述，並無其他補強證據；再者，江宥頡、施
19 錦郎、林松輝等人之證述僅能證明曾交付回扣予洪宗賢，與簡
20 瑞祺無關，更遑論上訴人顯與此部分無涉。原判決以此率爾認
21 定上訴人此部分犯行，顯違反證據裁判法則及存有理由不備之
22 違誤。

23 (三)原判決認張志誼受上訴人之指示而協助配合簡瑞祺，此為依張
24 志誼之單一供述，別無其他可信之補強證據。而張志誼對簡瑞
25 祺之態度如何？是否聽從其指示？係張志誼個人主觀利益判
26 斷。依相關卷證，僅能證明「上訴人同意簡瑞祺尋覓廠商來參
27 與公開評選」及「簡瑞祺與洪宗賢曾向張志誼表示要提供廠商
28 名單」，此均無從建立上訴人與其等間之犯意聯絡及行為分
29 擔。原判決在肯認「廠商端之脈絡觀之，洪宗賢之證述似僅能
30 連結至簡瑞祺處，而形成斷點無法連結至李朝卿」，然為建立
31 上訴人與簡瑞祺等人間之犯意聯絡及行為分擔，因此自行創

01 設、臆測推論「本件模式若欲運作成功，上開2大脈絡必須有
02 所連結，始可竟其功」，此無異於「先射箭再畫靶」，原判決
03 所為之論據，不僅違反證據裁判法則，且存有理由不備及矛盾
04 之違誤，更違反無罪推定原則。

05 (四)簡瑞祺否認洪宗賢於偵查及歷審所述其交付相關回扣款項之對
06 象均為簡瑞祺乙節，且無其他積極證據可認簡瑞祺確實有收受
07 該款項，而洪宗賢均未曾指證上訴人亦參與此事，縱使洪宗賢
08 之犯行係由簡瑞祺所授意，亦難認與上訴人有關，洪宗賢之證
09 述非但不足供作不利於上訴人認定之依據，亦無從作為張志誼
10 不利於上訴人陳述之補強證據，非無洪宗賢假借簡瑞祺及上訴
11 人之名義向廠商訛詐款項再嫁禍他人之可能。原判決就此以欠
12 缺補強證據之洪宗賢單一供述，未基於證據，悖於刑事訴訟法
13 第156條第2項規定，僅以臆測、想像之方式憑空推論上訴人有
14 罪之理由，有違證據裁判法則，且有判決理由不備、矛盾之違
15 誤，更違反無罪推定原則，而有判決適用法令錯誤、理由矛
16 盾、不備及應調查事項而未予以調查之違法。

17 (五)原判決對上訴人無犯罪所得之附表一編號110、111部分，量處
18 有期徒刑6年2月，顯高於對上訴人有犯罪所得之附表一編號3
19 至90部分之量刑，卻未說明其理由，則原審就附表一編號11
20 0、111部分所為刑之量定，不但屬恣意而為，亦有判決理由不
21 備之違法。又原判決既認上訴人所犯本件各罪，係為數罪，即
22 應分別審酌其各該犯罪情節後為各罪刑之量定，而非加計全部
23 犯罪次數及所得作為科處上訴人重刑之量刑標準，是原判決以
24 上訴人經辦工程收取回扣罪，次數高達90次，犯罪所得甚高云
25 云，為上訴人所犯購辦公物收取回扣罪之科刑輕重標準，即有
26 違誤等語。

27 惟查：

28 □本件原判決綜合卷內所有證據資料及調查證據之結果，於理由
29 欄敘明認定上訴人有事實欄二所載之經辦工程收取回扣，以及
30 事實欄三所載之購辦公物收取回扣等犯行之得心證理由。另對
31 於上訴人否認犯罪所持各項辯解之詞與其原審辯護人為其辯護

01 意旨所陳各節，如何認為均無足採等情，逐一予以指駁。並敘
02 明：①如何認為黃榮德縱有超額支出致財產來源不明，仍難以
03 此遽認黃榮德就事實欄二部分係私自以上訴人名義收取回扣
04 （見原判決第139至143頁）；②如何認定上訴人就事實欄二部
05 分，與黃榮德、張志誼分別與李中誠、許朝呈（經判處罪刑確
06 定）、吳仲琪應論以共同正犯；就事實欄三部分，與簡瑞祺、
07 洪宗賢應論以共同正犯（見原判決第173至174頁）；③上訴人
08 與黃榮德、張志誼、李中誠等人就事實欄二所收取之回扣，以
09 及上訴人與張志誼、簡瑞祺、洪宗賢等人就事實欄三所收取之
10 回扣（表演採購部分）分別如何計算、分配等論斷理由。

11 □經核原判決之採證認事並無違反經驗法則、論理法則，亦無任
12 意推定犯罪事實、違背證據法則、調查職責未盡、判決理由不
13 備、理由矛盾、不適用法則或適用法則不當之違誤。

14 □再：

15 (一)被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之
16 情況者外，得為證據，刑事訴訟法第159條之1第2項定有明
17 文。考其立法意旨，係以現階段刑事訴訟法規定檢察官代表國
18 家偵查犯罪、實施公訴，而實務運作時，偵查中檢察官向被告
19 以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法
20 取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，故原則上賦予該項
21 陳述證據能力，僅於顯有不可信之情況時，始否定其證據能
22 力。原判決就黃榮德、張志誼於調查站詢問時所為之陳述，已
23 說明如何均不具證據能力，並詳述其等於偵查中，均經具結後
24 陳述，且彼等均未曾提及檢察官在偵查中有不法取供之情形，
25 以及上訴人指稱黃榮德於101年11月20日在調查站詢問時，因
26 調查人員非法安排與其妻趙偵宇會面，並以利益交換而為不實
27 指證上訴人收受回扣，故黃榮德偵查中之證詞係調查人員以協
28 議利誘之不正方式訊問所得，另張志誼偵查中之證詞，亦係受
29 調查站人員影響，均不可信云云，如何均無可採，而應認為均
30 有證據能力等旨（見原判決第12至14、67至135頁）。核與上
31 開規定，並無違背之處，亦無判決不載理由之瑕疵。

01 (二)被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1
02 至之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審
03 酌該言詞陳述或書面陳述作成時情況，認為適當者，亦得為證
04 據，同法第159條之5第1項定有明文；且「當事人、代理人或
05 辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情
06 形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同
07 意」，復為同條第2項所明定。再：本條之立法意旨，在於確
08 認當事人對於傳聞證據有處分權，得放棄反對詰問權，同意或
09 擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，
10 如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第159
11 條之1至之4所定情形，均容許作為證據。又文書證據即書證，
12 依其證據目的之不同，而有不同之屬性。有屬供述證據，有屬
13 物證，亦有供述證據及物證併具之情形。如以記載之內容確定
14 某項事實，而與一般人陳述依其感官知覺所認知之見聞事實之
15 情形相同者，即屬供述證據，應依人證程序檢驗；若以文書本
16 身物體之存在或不存在作為證據者，係屬物證，須依物證程序
17 檢驗之，只須合法取得，即有證據能力。稽之卷內資料，原審
18 審判長就事實欄二、三相關之各該工程合約等書面資料於原審
19 審判期日所踐行調查證據程序，係逐一提示並告以要旨，並使
20 當事人及辯護人表示意見，而上訴人及其原審辯護人並未對上
21 開契約之證據能力表示爭執（見原審卷四第250頁以下）。原
22 判決雖僅就該等證據資料之書面陳述部分之證據能力為論述
23 （見原判決第15至16頁），而未提及為物證部分，然該等證據
24 資料既已經原審於審判期日依法踐行調查證據程序，且上訴人
25 及其原審辯護人不爭執其證據能力，則原判決將之採為認定事
26 實之證據，於法並無不合。

27 (三)刑事訴訟法第156條第2項規定：被告或共犯之自白，不得作為
28 有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否
29 與事實相符。此補強證據，係指除該自白本身之外，其他足以
30 證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，所
31 補強者，非以事實之全部為必要，祇須因補強證據之質量，與

01 自白之相互利用，足使犯罪事實獲得確信者，即足當之。又法
02 院憑以認定犯罪事實所憑之證據，並非以其皆係直接證據為
03 限，即綜合各項調查所得之直接、間接證據，本於推理作用，
04 為其認定犯罪事實之基礎，如無違背一般經驗法則，尚非法所
05 不許。原判決已說明如何分別依據黃榮德、張志誼、李中誠、
06 吳仲琪、許朝呈於偵審之證詞；洪宗賢、江宥頡、施錦郎、林
07 松輝之證詞，以及各與其餘卷內證據交互勾稽逐一說明、指
08 駁，而為認定之旨，並非僅以上開證人之各別單一證詞，作為
09 認定上訴人有事實欄二、三之犯罪之唯一證據，均無採證違背
10 證據法則之情事，亦無判決理由不備或理由矛盾可言。又依卷
11 內資料，經第一審勘驗黃榮德於調查站之筆錄，該時已有選任
12 辯護人在場維護其權益（見第一審卷十一第220頁背面至246
13 頁），自無調查人員不法取證之可能；何況，原判決並未採取
14 黃榮德於調查站詢問時所為之陳述作為認定上訴人事實欄二犯
15 罪之證據（見原判決第12至13頁），則該調查站詢問前是否有
16 先行詢問而未與正式詢問連續錄音錄影，對判決結果並無影
17 響，自不得執為合法之第三審上訴理由。

18 (四)證人之陳述有部分前後不符，或相互間有所歧異時，究竟何者
19 為可採，法院本得依其確信自由判斷，若其基本事實之陳述與
20 真實性無礙時，仍非不得予以採信，且如未違背經驗法則或論
21 理法則，即難遽指為違法，非謂一有不符或矛盾，即應認其全
22 部均為不可採信。從而證人之證言先後縱有差異，事實審法院
23 依憑其等之供述，斟酌其他證據，本於經驗法則與論理法則，
24 取其認為真實之一部，作為判決之依據，自屬合法，難謂所認
25 事實與供述證據之部分不符，即指判決有證據上理由矛盾之違
26 法。本件黃榮德、張志誼於偵審中所為如何前往上訴人之縣長
27 辦公室談收取回扣、各自收受回扣數額等之先後證述，雖有部
28 分不一，但原判決就相關事證詳加調查論列，復綜合全辯論意
29 旨及所列證人、相關證據資料暨卷內其他證據調查之結果，參
30 互斟酌判斷，已如前述，並再說明李中誠所述其4次從景泰公
31 司整理帶出之回扣，如何難認有千萬元之數，無從憑認黃榮

01 德、張志誼有刻意不實供述自己犯罪所得等情，而為認定上訴
02 人有事實欄二犯行（見原判決第135至136頁）之旨，亦難認有
03 何採證及證據上理由矛盾之違法情事。

04 (五)證人之陳述內容，有依其親自見聞而為事實之陳述，亦有以聽
05 聞他人陳述而為轉述之證言。前者係以其親身體驗之事實作為
06 證據方法，自有證據能力；後者既未親自見聞或經歷其所陳述
07 之事實，即屬傳聞之詞，法院縱令於審判期日對此傳聞證據踐
08 行調查證據之程序，亦無從擔保其陳述內容之真實性，固應認
09 證人之傳聞證言，不具證據能力，不得以之作為認定犯罪事實
10 之依據。惟證人轉述其聽聞自他人陳述之內容，是否純屬於傳
11 聞證據，仍應視其與待證事實之關聯性而定，非可一概而論。
12 證人所述該待證事實以外之相關事實，如係證人親自見聞之
13 事，而與證人所指證之待證事實具有關聯性，即非單純之傳
14 聞，得為補強證據。吳仲琪、趙偵宇、李中誠雖未親自見聞上
15 訴人收取回扣之事實，而不能直接證明該事實，然原判決係以
16 吳仲琪、趙偵宇、李中誠之證詞分別證明確有回扣及明細，以
17 及與黃榮德、李中誠等人之聯繫與取交回扣；吳仲琪送禮、上
18 訴人於黃榮德羈押後如何與其聯繫等間接事實，俾與其他相關
19 證據互為勾稽，以供判斷黃榮德、張志誼證詞之憑信性，依上
20 開說明，其等上開證詞，即非傳聞證據。原判決採用吳仲琪、
21 趙偵宇、李中誠之證詞作為上訴人事實欄二犯罪之補強證據，
22 尚難指為違法。

23 (六)刑事訴訟法第379條第10款固規定，依本法應於審判期日調查
24 之證據而未予調查者，其判決當然違背法令。但應行調查之證
25 據範圍，在同法並未定有明文，該項證據，自係指第二審審判
26 中已存在之證據，且與待證事實有重要關係，在客觀上認為應
27 行調查者而言。原判決對於上訴人聲請傳喚證人李柏淵、陳益
28 軒、林琪瑜及向財政部國稅局函查黃榮德、趙偵宇2人98年至9
29 9年間財產歸戶清單，業已說明如何認為無必要等旨（見原判
30 決第142頁）。原審認上訴人有事實欄二之犯罪事證已明，未

再贅為其他無益之調查及論述，難謂有調查證據職責未盡及判決理由不備之違誤。

(七)刑法第55條所定，一行為而觸犯數罪名之想像競合犯存在之目的，係在避免對於同一不法要素予以過度評價；其所謂「一行為」，固兼指所實行者為完全或局部同一之行為，或其行為著手實行階段可認為同一者而言。然行為人主觀上並非基於單一之犯意，而先後實行數行為，每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以區隔，在刑法評價上，各具獨立性，且侵害之法益並非同一者，則應依數罪併罰之規定，予以分論併罰。原判決業依上訴人於事實欄二、三之犯罪事實，就本院前次發回意旨說明附表一編號13、14；18、19；23、24；25、26；37、38；49、50；53、54；85、86所示公用工程，以及附表一編號110、111部分如何各應分別評價為法律上之一行為，避免對於同一不法要素予以過度評價，而各自構成想像競合犯，其他則犯意各別、行為互殊，應予分論併罰等旨（見原判決第174至175頁），核無理由不備、適用法則不當之違法情形。又個案情節不一，尚難比附援引。上訴人執本院其他個案見解而為指摘，自非適法之第三審上訴理由。

(八)事實審法院於檢察官所起訴基本社會事實同一之範圍內，本得基於調查證據所得心證，依審判之職權自由認定事實並適用法律。又法院就犯罪行為客體之認定，相較於檢察官起訴書就此之記載，倘僅單純關於數量或範圍之差異，或起訴事實所述犯罪時、地略有錯誤，而與檢察官所起訴事實之一部擴張或減縮無關者，並無未受請求之事項予以判決，或已受請求之事項未予判決之違法可言，更無涉對於檢察官所起訴之犯罪事實漏未審判之問題。原判決認定上訴人與黃榮德、李中誠、張志誼等人就事實欄二部分共計收取回扣530萬9926元（見原判決第9頁），與起訴書記載其等共計收取回扣約955萬元雖有所差距。然事實欄二所認定之歷次回扣金額，與起訴書所載並無不符，是原判決僅是就上訴人與黃榮德等人此部分收取回扣之總金額予以更正，無涉基本重要事實之變更，屬原審在不影響社

會基本事實同一性之認定下，本於審判職權自由認定事實之範疇。何況，原審於審判期日已就相關證據資料，提示供檢察官、上訴人及其原審辯護人表示意見。原判決據此認定事實欄二部分所收取之回扣共計530萬9926元，核無所指已受請求事項未予以判決或理由欠備之情形。

(九)刑之量定，乃法律賦予法院自由裁量之事項，倘於科刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條所列各款事項，而未逾越法定刑度，即難謂違法。又量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，故其判斷當否之準據，應就判決之整體觀察為綜合考量，不可摭拾其中片段，遽予評斷或為指摘。原判決就上訴人所犯前揭各罪，均以上訴人之犯罪責任為基礎，並均依刑事妥速審判法第7條規定減輕其刑後，具體審酌刑法第57條所列一切情狀，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，而為所示各罪刑之量定，其所量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，所指各次犯行之其他整體情狀，亦已併列為犯罪情節之綜合審酌因素，就各罪所量處之刑度均趨近處斷刑之下限，客觀上並未逾越法定刑度或範圍，亦與罪刑相當原則無悖，核屬事實審法院量刑職權之適法行使，即令於科刑理由內，未詳盡記敘部分科刑細項內容，亦僅行文簡略，泛稱全部犯罪次數及所得收取之回扣等，亦無礙其量刑審酌之判斷，且依原判決認定上訴人所犯情節，客觀上並未有因此發生量刑畸重之裁量權濫用情形，自不得僅擷取其中片段，執以指摘原判決量刑違法。

(十)上開上訴意旨所指各節，或係就無礙於事實認定之事項，或係重執上訴人在原審辯解各詞及其個人主觀意見，就原審採證認事、量刑適法職權行使及原判決已明白論斷之事項，再為爭執，俱難認係上訴第三審之適法理由。

□上訴人之其他上訴意旨並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決關於其部分有何違背法令之情形，核與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。

綜上，應認上訴人之上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

01 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。
02 中 華 民 國 113 年 8 月 8 日
03 刑事第三庭審判長法官 林立華
04 法官 林瑞斌
05 法官 王敏慧
06 法官 陳如玲
07 法官 李麗珠
08 本件正本證明與原本無異
09 書記官 李淳智
10 中 華 民 國 113 年 8 月 13 日