最高法院刑事判決

113年度台上字第3376號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官郭昭吟
上　訴　人
即　被　告　張晉維

原　　審
選任辯護人　閻道至律師
上　訴　人
即　被　告　周聖倫

選任辯護人　方南山律師
上　訴　人　蘇昱端

選任辯護人　李仲唯律師
　　張育嘉律師
上　訴　人　黃民欣

　　余孟修

　　林博涵

上列上訴人等因被告等違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國113年2月22日、113年4月25日第二審判決（111年度上訴字第2366號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署110年度偵字第1196、1208、1263、1293、3351號），提起上訴(張晉維由原審辯護人閻道至律師，為張晉維之利益，代為提起上訴)，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、原審判決有2份，其中於民國113年2月22日宣示判決者，下稱原判決甲，其中於同年4月25日宣示判決者，下稱原判決乙，合先敘明。

貳、原判決乙關於其附表一編號1、2之①、3；附表二編號1、2；附表三編號1、2之①及③；附表四；附表五，以及原判決甲關於林博涵部分：

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。至原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

二、原判決乙以第一審判決所認定上訴人即被告張晉維有如第一審判決事實欄(下稱事實欄)二其中公務員侵占職務上持有之非公用私有財物所載犯行；上訴人即被告周聖倫有事實欄二之㈠所載犯行；上訴人黃民欣有事實欄二之㈠、㈡所載犯行；上訴人余孟修有事實欄三所載犯行，以及所犯罪名，因而撤銷第一審關於此所處之刑部分之判決(張晉維、周聖倫、余孟修及檢察官對於張晉維、周聖倫、黃民欣、余孟修明示僅就此量刑之一部提起第二審上訴)，改判張晉維如原

判決乙附表(下稱附表)一編號1、2之①、3；黃民欣附表二編號1、2；周聖倫附表三編號1；余孟修附表四編號4所示之有期徒刑。

原判決乙以第一審判決認定余孟修有事實欄二所載犯行、原判決甲以第一審判決認定上訴人林博涵有事實欄二之㈡所載犯行，以及所犯罪名，因而維持第一審關於此所處之刑部分之判決，駁回余孟修、林博涵及檢察官對於余孟修、林博涵明示僅就此量刑一部在第二審之上訴。

原判決乙認定周聖倫、上訴人蘇昱端有如原判決乙事實欄二所載公務員侵占職務上持有之非公用私有財物犯行，因而撤銷第一審關於周聖倫此部分之科刑判決、蘇昱端此部分之無罪判決，並就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條，改判依想像競合犯之例，從一重論處周聖倫、蘇昱端共同犯貪污治罪條例第6條第1項第3款之公務員侵占職務上持有之非公用私有財物罪刑(詳如附表三編號2之①及附表五所示，想像競合犯刑法第134條前段、第165條公務員假借職務上之權力及機會故意隱匿他人刑事證據罪)；維持第一審關於對周聖倫諭知相關沒收之判決，駁回周聖倫就此部分在第二審之上訴。

已分別敘述第一審判決之量刑不當，應予撤銷改判及量刑；第一審判決之量刑，並無違誤，應予維持；認定犯罪事實所憑之證據，以及論處罪刑之理由。並對於蘇昱端於原審審理時所辯各節，何以均不足以採信，亦於理由內詳加指駁及說明。從形式上觀察，原判決甲、原判決乙關於前述部分，並無足以影響其判決結果之違法情形。

三、上訴意旨略以：

㈠張晉維部分：

1.基隆市警察局第一分局(下稱第一分局)南榮路派出所（下稱南榮所）所長譚龍翔對於事實欄二之㈠及㈡所示「毒品黑吃黑」犯行，係有偵查犯罪權限之公務員，則張晉維向譚龍翔供出周聖倫所參與之犯行，且此等供述包含張晉維自己之犯

行，符合刑法第62條自首之要件。原判決乙未適用自首規定對張晉維減輕其刑，有適用法則不當之違法。

2.原判決乙就張晉維事實欄二之㈠、㈡及㈢所示犯行之量刑，較第一審判決係合計增加有期徒刑16個月，而就所定應執行刑則增加14個月。原判決乙未詳為審酌本件張晉維所犯各罪之犯罪性質相同，可非難程度應漸趨減輕，致所定應執行刑過重，違反罪責相當原則。

㈡周聖倫部分：

1.周聖倫就第一審判決關於事實欄二之㈡所示犯行宣告沒收部分，並未提起上訴。原判決乙維持第一審關於此宣告沒收部分之判決，有未受請求之事項予以判決之違法。

2.依周聖倫與其辯護人於110年2月19日以通訊軟體所為對話、以及卷附相關職務報告、譚龍翔、張晉維、第一分局分局長楊効宜、偵查隊隊長黃智傑、督察長鍾承志、第二組組長劉舜賢、巡官湯智凱、基隆市警察局局長林炎田於第一審審理時之證述可知，於周聖倫自白犯行前，並無證據可以證明其為犯罪嫌疑人，應符合自首之規定。原判決乙逕認周聖倫於自白犯行前，有偵查犯罪權限之人已有確切之根據，得以合理懷疑周聖倫為犯罪嫌疑人，因此不符自首之規定，有適用法則不當及理由欠備之違法。

3.原判決乙引用第一審判決理由，據以說明：張晉維於110年2月8日下午，向譚龍翔供述「毒品黑吃黑」事實前，譚龍翔就此尚未達「有確切根據得合理之可疑」之程度等語，又說明：譚龍翔於同年月6日，召回周聖倫盤問時，就「毒品黑吃黑」事實，已有高度且合理之懷疑等語，因認周聖倫不符自首之規定，有理由矛盾之違法。

4.張晉維於第一審審理時，自承其未於110年2月8日向譚龍翔供出「毒品黑吃黑」等情。又譚龍翔運用詢問技巧以鬆懈張晉維之心防，不能因此認定譚龍翔對於周聖倫之犯行已有確切之根據而有合理之可疑。原判決乙逕認張晉維於110年2月8日已向譚龍翔供出「毒品黑吃黑」事實，以及周聖倫為犯

罪嫌疑人等情，故周聖倫不合自首之要件，其採證認事違反證據法則，並有理由矛盾及欠備之違法。

5.原判決乙採信張晉維所述：其是因為事實欄二之㈢所示犯行之不法程度(涉及第二級毒品)，重於事實欄二之㈠、㈡所示犯行(涉及第三級毒品)，故僅供出事實欄二之㈠、㈡所示犯行等語。然上述事實欄二之㈠、㈡及㈢所示犯行，所犯罪名均為貪污治罪條例第6條第1項第3款之公務員侵占職務上持有非公用私有財物罪，並無不法程度輕重不同可言。況事實欄二之㈡所示犯行，所查扣之毒品檢出第二級毒品甲基安非他命等成分，可見張晉維之前開供述有違事理常情，不能採信。原判決乙逕採張晉維之供述，而為不利於周聖倫之認定，其採證認事違反證據法則。

6.依周聖倫之自白而查獲之共犯，其中事實欄二之㈠所示犯行，係查獲余孟修、黃民欣及蔣雨諺；事實欄二之㈡所示犯行，則查獲余孟修、黃民欣，可見周聖倫之犯後態度輕重有別。原判決乙就周聖倫事實欄二之㈠所示犯行，係處有期徒刑2年8月，而就周聖倫事實欄二之㈡即原判決事實欄二所示犯行，則處有期徒刑2年6月，有違比例原則。

㈢余孟修部分：

1.余孟修係交付價金予張晉維而取得第三級毒品愷他命，可見雙方為買賣關係，其應非與公務員共同侵占職務上持有之非公用私有財物罪之共同正犯。況張晉維等人犯罪之目的，既僅在「獲得績效」與「獎金利益」，可見其等主觀上應無公務員侵占職務上持有之非公用私有財物之犯意，應係犯刑法第339條第1項或第2項之詐欺取財或詐欺得利罪。原判決乙逕認余孟修為公務員侵占職務上持有之非公用私有財物罪之共同正犯，有適用法則不當之違法。

2.以余孟修對於張晉維等人之指示，僅能聽命行事，無從知悉張晉維等人所為應成立公務員侵占職務上持有之非公用私有財物罪，余孟修予以配合，竟成立共同正犯。可見其因不知法律而犯罪，且按其情節可以減輕其刑。原判決乙漏未審酌

上情，而未對余孟修依刑法第16條後段之規定予以減輕其刑，有適用法則不當之違法。

3.事實欄二之㈠及㈡所示犯行，原判決乙認定余孟修之犯罪所得分別為新臺幣(下同)1萬8千元及2萬1千元，符合貪污治罪條例第12條減輕其刑之規定。原判決乙未據以對余孟修減輕其刑，有適用法則不當之違法。

4.余孟修之犯罪時間相當接近，其責任非難重複程度甚高，且其於偵查、審判中自白犯行。原判決乙對於主導其事之張晉維、黃民欣及周聖倫所處之刑度，竟低於余孟修，甚至諭知「免刑」。可見原判決乙對余孟修之量刑及所定應執行刑過重，違反罪責相當原則。

㈣黃民欣部分：

最高法院刑事大法庭111年7月27日110年度台上大字第3997號刑事裁定，所持貪污治罪條例第12條第1項「所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下」，於共同正犯應合併計算其金額或價額之法律見解，因為第一審判決係於110年12月30日宣示，應無從適用。黃民欣係信賴第一審審判長之闡明，因此繳回其犯罪所得5萬元，依信賴保護原則，應適用貪污治罪條例第12條規定予以減輕其刑。原判決乙採取上述最高法院刑事大法庭裁定所持法律見解，而未予減輕其刑，有適用法則不當之違法。

㈤蘇昱端部分：

1.張晉維就蘇昱端究係與何人聯繫而一起前去查緝毒品，前後所為證述不一；周聖倫、黃民欣在第一審審理時一致證述：於110年4月間，並無張晉維所指4人在吸菸區一起討論「毒品黑吃黑」及蘇昱端有參與討論等語。又周聖倫於警詢時係稱：其於匯款5千元予蘇昱端之前，並不知蘇昱端參與其事等語，此與張晉維之證言不符；黃民欣雖於偵查中陳述蘇昱端於事先知情調包毒品一節，然其於第一審審理時已證述：其於偵查中所述只是推測之詞，其於事後回想蘇昱端可能真的不知情等語；林博涵證述：於蘇昱端上車後，黃民欣並未

討論彼此分工情形，且蘇昱端亦無發言或參與討論等語，則蘇昱端應僅單純目睹林博涵調包毒品，而與張晉維等人並無犯意聯絡與行為分擔。原判決乙未詳為調查、審酌上情，遽為不利於蘇昱端之認定，有採證認事違背證據法則及理由欠備之違法。

2.林博涵於偵查中供述：蘇昱端遞出夾鍊袋等語，與其於第一審審理時之陳述，前後所述並不一致。又黃民欣於林博涵調包毒品時，並不在車內，不能以黃民欣之證述，用以補強林博涵於偵查中所述情節係屬實在可信。原判決乙遽採林博涵之上述證言，而為不利於蘇昱端之認定，有採證認事違背證據法則及理由欠備之違法。

3.縱認蘇昱端共同侵占所查扣之毒品，然蘇昱端於有偵查權限之公務員發覺其犯罪事實前，亦即於110年2月9日警詢時，已供述本件客觀犯罪事實，且接受裁判，應符合刑法第62條自首之規定。原判決乙對蘇昱端未依自首規定減輕其刑，有適用法則不當之違法。

4.蘇昱端非為謀取微薄利益而參與犯行，且已供述本件客觀犯罪事實，並繳回其犯罪所得，原判決乙雖依貪污治罪條例第8條第2項前段規定減輕其刑，仍有情堪憫恕之情，應符合刑法第59條酌量減輕其刑之規定。原判決乙對蘇昱端未予酌減其刑，致量刑過重，亦未宣告緩刑，有違反罪責相當原則及適用法則不當之違法。

㈥林博涵部分：

1.林博涵之犯罪所得僅8千元，並已自動繳回，且其僅參與1次犯行，可見侵害法益程度相對較輕，若科以所犯貪污治罪條例第6條第1項第3款之罪法定最低度有期徒刑5年，客觀上足以引起一般同情，應符合刑法第59條酌量減輕其刑規定。原判決甲未對林博涵予以酌減其刑，有適用法則不當之違法。

2.原判決甲未詳為審酌林博涵犯罪之動機、目的及犯後態度等量刑輕重應審酌事項，於適用貪污治罪條例第8條第2項前

段、刑法第31條第1項但書規定遞予減輕其刑，仍處有期徒刑1年6月，顯然量刑過重，違反罪責相當原則。

四、惟查：

㈠按刑事訴訟法第348條第1項明文允許對於原審判決一部聲明不服，提起一部上訴，除「刑」、「沒收」及「保安處分」之部分，於同條第3項特別規定，可析離犯罪事實認定、論罪，為獨立聲明不服提起一部分上訴外，仍以同條第2項特別規定之「有關係之部分」，判別是否視為亦已上訴。倘上級審於審理過程，以原審判決未經聲明不服部分為基礎，就該一部聲明不服部分單獨審理之結果為撤銷或改判時，與未經不服部分併為審理後撤銷改判之結果相較，兩者不會產生矛盾，該未經聲明不服部分，即不屬「有關係之部分」，倘會產生相互矛盾情形，即屬「有關係部分」，應視為亦已上訴。而沒收依現行法律規定，雖非從刑，但諭知沒收仍需依附於刑事不法犯行之成立，倘容許對於犯罪事實認定、論罪之一部聲明不服，上級審審理結果認定自始不構成犯罪時，在欠缺刑事不法前提要件下，沒收之宣告即失所附麗，不能單獨維持，即生裁判矛盾。是沒收部分，係屬於犯罪事實認定、論罪部分聲明不服時之「有關係部分」，依刑事訴訟法第348條第2項前段規定，視為亦已上訴。

原判決乙說明：周聖倫聲明就事實欄二之㈡所示犯行，全部上訴(見原審卷㈢第38頁)，是周聖倫關於事實欄二之㈡之犯罪事實、罪刑及沒收，均為審理範圍之旨。又事實欄二之㈡之犯罪事實及罪刑，既經周聖倫提起上訴，依上述說明，關於犯罪所得之「沒收」，視為亦已上訴，原判決乙因此一併審理，於法並無不合。周聖倫此部分上訴意旨，泛詞指摘：原判決乙就諭知沒收部分併予審理，有未經請求之事項予以判決之違法云云，應係誤解法律規定，洵非適法上訴第三審之理由。

㈡刑事訴訟法第348條第3項規定，容許上訴權人僅針對判決之刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之犯罪事

實認定、論罪部分，原則上不在上訴審之審查範圍。因此，若以就第二審設定上訴攻防範圍以外之部分，據為提起第三審上訴之理由，即與當事人自行設定攻防範圍之旨有違，亦與審級制度之目的不合，自非適法之第三審上訴理由。

原判決乙說明：余孟修於原審審理時陳明：第一審酌定執行刑部分與其他被告之定執行刑輕重失衡，僅就定執行刑部分上訴等語，則關於余孟修審理範圍，係第一審判決關於所處之刑部分，不及於第一審判決所認定之犯罪事實及罪名之旨（見原判決乙第7、8頁）。余孟修此部分上訴意旨，猶泛指：原判決乙認定余孟修與公務員共同犯侵占職務上持有之非公用私有財物犯行違法云云，並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決乙僅就此量刑部分為審理，有何違背法令之情形，與法律所規定得合法上訴第三審之理由，不相適合。

㈢證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事實審法院得裁量、判斷之職權，苟其裁量、判斷，並不悖乎經驗法則或論理法則，且已於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即無違法可言。

原判決乙認定其事實欄二所載周聖倫、蘇昱端犯行(即公務員侵占職務上持有之非公用私有財物)，係依憑周聖倫於原審審理時之自白、蘇昱端所為不利於己部分之供述、證人曾祥睿等人之證述，以及原判決乙理由欄(包括引用第一審判決理由欄)所載證據資料，相互比對、勾稽，因此認定周聖倫、蘇昱端前揭犯罪事實。並進一步說明：周聖倫將毒品交由黃民欣、林博涵調包、侵占時，蘇昱端同時坐在小客車上，且蘇昱端於事後收受由張晉維交付周聖倫以匯款方式所給付之5千元。又蘇昱端於偵查、第一審審理時供述：這筆錢是我跟他們去南榮路抓毒品，張晉維給我的獎勵金……現場經林博涵告知是毒品，他們一拿到毒品我就有問，知道他們在做非法的事……張晉維有跟我說他們會請人調包毒品，問我要不要去看，我說好，事前分配時，張晉維把我與黃民欣分配在一組，在車上等調包、分裝毒品，我有問林博涵是

否需要幫忙，林博涵說不用等語，核與黃民欣、張晉維、林博涵於偵查中之證言、周聖倫於警詢時之供述大致相符。至張晉維、周聖倫、黃民欣、林博涵等人就事前討論中關於蘇昱端參與情節之供述，雖前後略有不一，或與黃民欣、周聖倫於原審審理中所述未盡相符之情，此或係因其等主要是以各自參與情節而為陳述，致有不一致之情形，或係於第一審審理行交互詰問時，有互相迴護之情所致。然其等於偵查中關於主要情節所為供述，既無重大出入，仍得採為認為蘇昱端不利於己部分之供述係屬實在之補強證據等旨。

原判決乙已綜合調查所得之各項證據，為合理判斷、取捨，並詳為說明採信蘇昱端於110年2月25日偵查時、110年6月30日第一審行準備程序時之供述，並以黃民欣於110年2月25日偵查時(見他字第231號卷第31頁)、張晉維於110年3月2日偵查時(見同卷第46至49頁)、周聖倫於110年2月9日警詢時(見他字第234號卷㈠第18頁)、林博涵於110年4月13日偵查時(見偵字第1208號卷第263至266頁)所述不利於蘇昱端之證言，作為補強證據，自係不採張晉維、周聖倫、黃民欣、林博涵其他與此不相容或有利於蘇昱端之證言，此為採證之當然結果，縱未逐一論列各陳述相異細節之取捨情形，仍於判決結果無影響，此為原審採證認事職權行使之事項，不得任意指為違法。周聖倫、蘇昱端此部分上訴意旨，分別任意指摘：原判決乙之採證認事違法云云，均非合法之上訴第三審理由。

㈣刑法第62條前段之自首減輕其刑，係對於未發覺之犯罪，在有偵查犯罪職權之公務員知悉犯罪事實及犯人前，向職司犯罪偵查之公務員坦承犯行，並接受法院之裁判而言。苟職司犯罪偵查之公務員已知悉犯罪事實及犯罪嫌疑人後，犯罪嫌疑人始向其坦承犯行，則為自白而非自首。且所謂發覺，不以有偵查犯罪職權之公務員確知其人犯罪無誤為必要，僅須有確切之根據得為合理之可疑，即屬發覺。至所指「有確切之根據得合理之可疑」，係有偵查犯罪職權之公務員依憑現

有客觀性之證據，在行為人與具體案件之間建立直接、明確及緊密之關聯，使行為人犯案之可能性提高至「犯罪嫌疑人」之程度而言。

原判決乙所引用之第一審判決理由，係說明：依楊効宜、劉舜賢、黃智傑之證言可知，楊効宜於110年2月6日指示譚龍翔清查張晉維主辦之毒品案件及南榮所之其他同仁，譚龍翔所為證述及出具之職務報告，固有隱瞞部分客觀事實，然依譚龍翔及黃智傑於第一審審理時之證述可知，譚龍翔於110年2月8日周聖倫供述其參與「毒品黑吃黑」事實前，已知悉此一事實(見第一審判決第34至40、44至46、49頁)。譚龍翔在周聖倫坦承犯行前，已針對張晉維之辦案紀錄進行清查，並整理成清單，更針對「毒品黑吃黑」事實向張晉維求證(見第一審判決第57頁)。又譚龍翔於同年月8日下午，在南榮所吸菸區詢問張晉維「毒品黑吃黑」事實，張晉維已坦承事實欄二之㈠及㈡所示犯行，並供出周聖倫涉案情節(見第一審判決第43至50頁)，此時譚龍翔對周聖倫之犯行，已有「確切之根據得合理之可疑」，亦即周聖倫之犯行已為有偵查犯罪權限之譚龍翔發覺，故周聖倫於同日晚間，向譚龍翔承認參與事實欄二之㈠、㈡所示犯行，僅屬自白而非自首(見第一審判決第58頁)。又張晉維就事實欄二之㈠、㈡所示犯行，雖於有偵查犯罪權限之公務員發覺前，主動向譚龍翔供出其情，然因「毒品黑吃黑」尚未被查獲，即要求譚龍翔先不要寫在筆錄上(見第一審卷㈩第273、275頁)，而張晉維於後續之警詢、偵查中，復未供述此部分事實，迄同年月24日媒體刊載周聖倫、蘇昱端遭移送偵辦後，始以自白書向檢察官表示願意配合調查，可見其主動供出時並無接受裁判之意思，不符合自首之要件等旨。

又原判決乙所引用之第一審判決理由，已綜合調查所得之各項證據，為合理判斷、取捨，並詳為說明採取楊効宜、劉舜賢、黃智傑、譚龍翔、張晉維等人之證言，佐以周聖倫於第一審審理時供述：譚龍翔跟我說張晉維已經把我講出來了，

但沒有說的很詳細。所長跟我說我跟張晉維承辦的案件有些問題，他們已經在查了，叫我自己講出來等語(見第一審卷㈩第291頁)，可見依原判決乙所援引之第一審判決之認定及說明，不採周聖倫與其辯護人於110年2月19日之通訊軟體對話、相關職務報告、譚龍翔、張晉維、楊効宜、黃智傑、鍾承志、劉舜賢、湯智凱、林炎田於第一審審理中，與此不相容之證言。況周聖倫於第一審審理時，於上述證據調查後，其辯護人陳述：周聖倫主觀上認為是自首，但客觀上不構成，徵得周聖倫同意不爭執有自首情形，改為屬於自白等語(見第一審卷㈩第290頁)，可見周聖倫及其選任辯護人在第一審審理時，均已陳明主張不成立自首。又周聖倫於原審審理時，並未指出就此有何其他證明方法，僅引用第一審判決所不採之片斷供述，單憑己見，而為相反之主張。原判決乙就此所為行文用語較為簡略，逕行引用第一審判決之記載，漏未補充論列各陳述相異細節之取捨情形，雖有欠周，仍於判決結果無影響，不得執為上訴第三審之合法理由。周聖倫此部分上訴理由，泛詞指摘：原判決乙認為周聖倫不成立自首違法云云，或係就原判決乙所引用之第一審判決已詳細說明之事項，徒憑己意再為爭執，或係對事實審法院採證認事職權之行使，任意指摘，並非適法之上訴第三審理由。

再者，原判決乙所引用之第一審判決理由，已說明：張晉維於犯罪事實經有偵查犯罪權限之公務員發覺前，固主動向譚龍翔供出，惟於斯時並無接受裁判之意，故不成立自首之旨。其所為論斷說明，尚與經驗法則、論理法則無違。況此係原審採證認事職權行使之事項，不得任意指為違法。張晉維此部分上訴意旨，仍執陳詞，任意指摘：原判決乙未適用自首規定減輕其刑違法云云，與法律所規定得合法上訴第三審之理由，不相適合。

譚龍翔於第一審審理中雖證述：蘇昱端係自首云云(見第一審卷㈥第234頁)，惟譚龍翔同時證述：蘇昱端是告訴我，在那天他被邀請去，有坐在車上目睹毒品分裝，他有問那個東

西是什麼，後來有拿到錢。蘇昱端係表示他一開始不知情，後來是被動狀況，他是沒有參與的意思，也沒有分擔行為等語（見同卷第235至237頁）。又蘇昱端由譚龍翔陪同至第一分局第二組接受警詢時，係供述：是張晉維向我提議，而我想學習查緝毒品刑案即答應一起出去。我不知道何人提議策劃及分工方式……周聖倫將一大包東西拿到車上，由黃民欣的朋友以糖粉混充，才知道他們在調包毒品。那一次周聖倫有匯款6千元(應係5千元)給我，但我不知道其他人因此所得金額等語(見他字第234號卷㈠第41、42頁)，可見蘇昱端無論係向譚龍翔供述，或其後於警詢中，均否認有共同犯公務員侵占職務上持有之非公用私有財物罪之犯意聯絡及行為分擔，僅主要在陳述所謂其親眼見聞之客觀事實。況且，甚至其後於110年2月25日偵查時，檢察官訊問「是否認罪?」，僅回答「我有看到他們調包毒品但我沒有去舉發他們，並且收了5千元」(見他字第231號卷第38、39頁)，亦未明確表達承認犯罪而有接受裁判之意。依上述說明，蘇昱端並無「向職司犯罪偵查之公務員坦承犯行，並接受裁判」之意，不符自首之規定。因蘇昱端未於原審審理時主張其有自首減輕其刑規定之適用，原判決乙未依刑法第62條規定減輕其刑，亦未就此說明，於法尚無不合。蘇昱端此部分上訴意旨，泛詞指摘：原判決乙未依自首規定減輕其刑，有適用法則不當之違法云云，殊非適法之第三審上訴理由。

㈤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。必須所犯同條例第4條至第6條之罪，同時具備「情節輕微」暨「其所得或所圖得財物或不正利益在5萬元以下」二項要件者，始可依上述規定減輕其刑。而基於「責任共同」原則，上述「5萬元以下」之要件，於共犯之所得或圖得之財物或不正利益應合併計算；又情節輕微與否，應依一般社會通念，審酌貪污舞弊之手段、型態、戕害吏治及法益侵害之情節、程度，及對社會秩序之

影響等一切情狀，予以認定，並非所得或所圖得財物或不正利益在「5萬元以下」即屬「情節輕微」。

原判決乙說明：黃民欣之犯罪所得固於5萬元以下，然關於貪污治罪條例第12條第1項「5萬元以下」之規定，於共同正犯有共同所得情形，應共同負責，合併計算在5萬元以下者，始有適用。而本件共犯所得合計已逾5萬元，且以「毒品黑吃黑」牟利，犯罪情節非輕，不符上述「情節輕微」之要件之旨，而未依該規定減輕其刑，尚難指為違法。至於余孟修就事實欄二之㈠、㈡所示犯行所分得之利益雖為1萬8千元及2萬1千元，然共同正犯之犯罪所得合計已逾5萬元，依上述說明，仍無貪污治罪條例第12條第1項減輕其刑規定之適用。原判決乙未就余孟修部分說明不適用上述減輕其刑規定之理由，雖有微疵，然於判決結果並無影響。再者，第一審於110年6月30日進行準備程序時，黃民欣之選任辯護人即主動陳述：如果庭上認為5萬元也屬於犯罪所得，我們願意繳回，本案犯罪所得皆在5萬元以下，我們均願意繳回等語（見第一審卷㈡第117、119頁），可見就繳回犯罪所得之金額，係黃民欣之辯護人所為主張，應非第一審受命法官闡明所致。況現行刑事訴訟法之第二審為複審制，第二審法院應就事實及法律為重複之調查及審理。原判決乙認為第一審判決以共同被告各別犯罪所得金額為貪污治罪條例第12條第1項所規定犯罪所得是否為5萬元以下之計算基礎，不符共同正犯責任共同原則而有違誤一節，所持法律見解，依上述說明，並無不合，亦與所謂信賴保護原則無涉。黃民欣此部分上訴意旨，泛詞指摘：原判決乙未適用貪污治罪條例第12條第1項規定予以減輕其刑違法云云；余孟修此部分上訴意旨，任意指摘：原判決乙未據以減輕其刑違法云云，均非合法之上訴第三審理由。

㈥本院為法律審，以審核下級審法院裁判有無違背法令為職責，當事人原則上不得主張新事實或提出新證據，而據以指摘原判決違法。

又刑法第16條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」此即有關違法性錯誤（或稱禁止錯誤）之規定，係採責任理論，亦即依違法性錯誤之情節，區分為有正當理由而無法避免者，應免除其刑事責任，而阻卻犯罪之成立，至非屬無法避免者，則不能阻卻犯罪成立，僅得按其情節減輕其刑。且此以行為人不知法律為前提要件，並非有所謂正當理由等情事，即得據以減輕其刑，應予辨明。

卷查余孟修上訴於本院後，始主張：其不知所為會被論以公務員犯貪污治罪條例所規定犯罪之共同正犯，故應依刑法第16條但書減輕其刑云云，係向本院主張減輕其刑之新事實，原判決乙未說明無此規定適用之理由，於法並無不合，且不能因此逕認原判決乙違法。況且余孟修既明知張晉維等人具有警察身分，仍決意共同為本件犯行，已難認余孟修有不知其所為觸犯刑罰法令，亦無從認定其有正當理由，並無刑法第16條但書減輕其刑規定之適用。余孟修此部分上訴意旨，任意指摘：原判決乙未據以減輕其刑，有適用法則不當之違法云云，殊非適法之第三審上訴理由。

㈦刑法第59條酌量減輕其刑，乃實體法上賦予法院得為裁量之事項，且以於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般人之同情，認為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。其審酌事項固不排除刑法第57條所列舉之事由，但仍以犯罪有其特殊之原因與環境為必要。

蘇昱端、林博涵上訴意旨所指犯罪情狀，包括犯罪動機、目的等情形，僅係刑法第57條所定科刑輕重應審酌之事項，並非即為客觀上有特殊原因足以引起一般同情而顯可憫恕之情形。且依原判決甲、乙量刑審酌事項之說明，亦無量處以所犯之罪減輕其刑或遞予減輕其刑後之最低度刑，而仍嫌過重之情，則原判決甲、乙未依刑法第59條規定酌量減輕其刑，亦未就此說明，於法尚無不合。蘇昱端、林博涵此部分上訴

意旨，泛詞指摘：原判決甲、乙未酌減其刑違法云云，並非適法之第三審上訴理由。

㈧量刑(含定應執行刑)之輕重，係屬法院得依職權裁量之事項，苟法院於量刑時，已斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定範圍，又未顯然濫用其職權，即不得遽指為違法。

原判決甲、乙說明：第一審判決就林博涵關於事實欄二之㈡所示犯行、余孟修就事實欄二之㈠、㈡、㈢所示犯行，以林博涵、余孟修之責任為基礎，審酌刑法第57條所列各款事項等一切情狀，兼酌其等犯罪手段、所生危害，以及犯後態度等一切情狀，而為量刑之旨，與罪刑相當原則無悖，而予以維持。既未逾法定刑度，亦無明顯濫用裁量權，而有違反比例原則或公平正義之情形，核屬原審量刑裁量職權之適法行使，尚難任意指為違法。至共同正犯之量刑應審酌之事項未盡相同，致量刑結果有異，並無不可，不能單純以此方式逕認原判決乙關於余孟修之量刑違法。余孟修、林博涵此部分上訴意旨，猶任意指摘：原判決甲、乙所為維持第一審之量刑過重違法云云，自非適法之第三審上訴理由。又原判決乙敘明：張晉維事實欄二之㈠至㈢所示犯行、周聖倫事實欄二之㈠所示犯行、周聖倫、蘇昱端原判決乙事實欄二所示犯行，黃民欣事實欄二之㈠、㈡所示犯行、余孟修事實欄三所示犯行，審酌其等之犯罪動機、手段、所生危害及犯後態度等一切情狀之旨，而為量刑，並合併定應執行刑(不含蘇昱端)。已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情形而為量刑及定應執行刑，既未逾法定刑度，又未濫用裁量之權限，亦無違背罪刑相當原則，即不得任意指為違法。至於周聖倫關於事實欄二之㈠、原判決乙事實欄二所示犯行之量刑因子有別，尚不能單純以其供出共犯之人數，逕指原判決乙之量刑失衡違法。張晉維、周聖倫、黃民欣、蘇昱端、余孟修此部分上訴意旨，泛言指摘：原判決乙量刑

(含定應執行刑)過重違法云云，同非合法之第三審上訴理由。

㈨卷查，原判決乙對蘇昱端所處有期徒刑2年6月，已逾有期徒刑2年，既不符刑法第74條第1項之要件，原判決乙未宣告蘇昱端緩刑，於法並無不合。蘇昱端此部分上訴意旨，任意指摘：原判決乙未宣告蘇昱端緩刑違法云云，亦非合法之第三審上訴理由。

五、綜上，張晉維、周聖倫、余孟修、黃民欣、蘇昱端、林博涵上訴意旨係就原審採證、認事及量刑(含定應執行刑)裁量職權之適法行使，或原判決甲、原判決乙已明白論斷說明之事項，仍持己見，漫為指摘違法，或單純就犯罪事實有無，再為爭執，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。至於其餘上訴意旨，均非確實依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決甲、原判決乙有如何違背法令情形。應認本件關於張晉維、周聖倫、黃民欣、蘇昱端共同犯關於公務員侵占職務上持有之非公用私有財物、余孟修、林博涵關於非公務員與公務員共同犯公務員侵占職務上持有之非公用私有財物、余孟修關於非公務員與公務員共同犯對主管事務圖利部分之上訴，均為違背法律上之程式，應予駁回。

又刑法第134條本文規定「公務員假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯本章以外各罪者，加重其刑至二分之一。」係刑法分則加重刑罰之規定，乃就常態之犯罪類型，變更其罪型，加重其法定刑，而成為另一獨立之罪。則公務員假借職務上之權力及機會，犯刑法第165條故意隱匿他人刑事證據罪，應成立刑法第134條前段、第165條公務員假借職務上之權力及機會故意隱匿他人刑事證據罪。而刑法第165條法定刑關於有期徒刑部分為「2年以下有期徒刑」，加重其刑至二分之一，其法定最高本刑為有期徒刑3年，合先敘明。

張晉維就事實欄二之㈠至㈢、周聖倫就事實欄二之㈠、周聖倫、蘇昱端就原判決乙事實欄二、黃民欣就事實欄二之㈠、

㈡想像競合所犯刑法第134條前段、第165條公務員假借職務上之權力及機會故意隱匿他人刑事證據罪，余孟修就事實欄二之㈠至㈢及林博涵就事實欄二之㈡想像競合所犯刑法第165條隱匿他人刑事證據罪，依上述說明，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定不得上訴第三審法院之罪，且無例外得提起第三審上訴之情形。張晉維、周聖倫、黃民欣、蘇昱端共同犯公務員侵占職務上持有之非公用私有財物罪、余孟修、林博涵共同犯非公務員與公務員共同犯公務員侵占職務上持有之非公用私有財物罪部分之上訴，均不合法，而從程序上予以駁回，則其等所犯公務員假借職務上之權力及機會故意隱匿他人刑事證據罪、隱匿他人刑事證據罪部分，即無從併為實體上審理，均應逕從程序上予以駁回。

六、卷查余孟修就事實欄三想像競合所犯刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同詐欺取財罪及一般洗錢罪，因詐欺犯罪危害防制條例、洗錢防制法均於113年7月31日制定及修正公布、同年8月2日施行，依第一審判決認定之犯罪事實，此部分犯罪所得未達5百萬元，且余孟修無自動繳交犯罪所得之情形(見原審卷㈢第453頁)，應無詐欺犯罪危害防制條例第47條前段「犯詐欺犯罪，在偵查及歷次審判中均自白，如有犯罪所得，自動繳交其犯罪所得者，減輕其刑」規定之適用。又修正前洗錢防制法第14條第1項、第3項原規定：「有第2條各款所列洗錢行為者，處7年以下有期徒刑，併科新臺幣5百萬元以下罰金。」、「前二項情形，不得科以超過其特定犯罪所定最重本刑之刑。」修正後洗錢防制法第19條第1項則規定：「有第2條各款所列洗錢行為者，處3年以上10年以下有期徒刑，併科新臺幣1億元以下罰金。其洗錢之財物或財產上利益未達新臺幣1億元者，處6月以上5年以下有期徒刑，併科新臺幣5千萬元以下罰金。」並刪除修正前洗錢防制法第14條第3項規定。經綜合修正前後洗錢防制法相關罪刑規定之比較適用結果，裁判時之洗錢防制法未較有利於行為人，依刑法第2條第1項前段規定，應整體適用行為時

即修正前洗錢防制法規定，此經本院113年度台上徵字第2303號徵詢書徵詢後所獲之一致見解。原判決乙就余孟修事實欄三所犯修正前洗錢防制法第14條第1項一般洗錢罪，因想像競合關係從一重論以非公務員與公務員共同犯公務員侵占職務上持有之非公用私有財物，未及為法律變更之比較適用，於判決結果並無影響，附此敘明。

參、原判決乙關於其附表一編號4、附表二編號3公務員對主管事務圖利罪部分：

一、張晉維原審辯護人閻道至律師所具「刑事聲明上訴狀」載明「就原判決之全部提起上訴」（見本院卷第169頁）；黃民欣所具「刑事獨立上訴狀」記載「請撤銷原判決，更為無罪之判決」（見本院卷第175頁），應認張晉維、黃民欣對於原判決乙附表一編號4、附表二編號3所示犯行論以共同犯公務員對主管事務圖利罪並諭知免刑部分，有聲明不服，而均為本院審理範圍，合先指明。

二、第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382條第1項、第395條後段規定甚明。

本件張晉維、黃民欣就前揭共同犯公務員對主管事務圖利罪部分，不服原判決乙，提起上訴，並未敘述理由，迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，此部分之上訴，自非合法，均應予駁回。至於周聖倫所具「刑事聲明上訴狀」記載「接奉判決正本1件後，實難甘服，依法聲明上訴」（見本院卷第171頁），並未明確記載上訴範圍，而周聖倫就附表三編號1及2所示犯行，已敘述上訴理由，對事實欄二之㈢部分（即附表三編號3共同犯公務員侵占職務上持有之非公用私有財物罪，並諭知免刑），則未敘述上訴理由，又非所敘述上訴理由各罪之有關係部分，並非其等上訴效力所

及，應認周聖倫就事實欄二之㈢所示犯行，並未提起上訴，不在本院審理範圍，併此敘明。

肆、張晉維、周聖倫被訴湮滅他人刑事證據經諭知無罪部分：

按刑事訴訟法第376條第1項各款所列各罪之案件，除有該條項但書所定得提起上訴之例外情形，經第二審判決者，不得上訴於第三審法院，為該條項所明定。

本件檢察官因張晉維、周聖倫被訴原判決乙事實欄二所示犯行，另涉犯刑法第165條湮滅他人刑事證據罪部分。原判決乙撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判諭知無罪。依檢察官起訴之事實，應係涉犯刑法第134條前段、第165條之公務員假借職務上之權力及機會故意隱匿他人刑事證據罪，法定最高本刑為有期徒刑3年(刑法第165條之罪法定本刑為2年以下有期徒刑、拘役或15,000元以下罰金，應依刑法第134條前段加重其刑二分之一)，依上述說明，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所定之罪之案件。既經第二審判決無罪，且無該條項但書所定例外情形，不得上訴於第三審法院，檢察官就此部分猶提起上訴(檢察官所具上訴書明確聲明僅就張晉維、周聖倫被訴湮滅他人刑事證據諭知無罪部分，提起上訴)，顯為法所不許，應予駁回。此部分原判決乙正本附記事項雖誤載為得上訴，惟不影響法律明文不得上訴之規定，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　15　　日

刑事第四庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　林婷立

法　官　洪于智

本件正本證明與原本無異

書記官　杜佳樺

中　　華　　民　　國　　114　　年　　5　　月　　20　　日