最高法院刑事判決

114年度台上字第2945號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官黃子宜

被　　告　許智信

選任辯護人　沈宏儒律師

上列上訴人因被告詐欺取財等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年5月14日第二審判決（113年度矚上訴字第4號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署112年度偵字第8982號、113年度偵字第720、876號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於其附表一編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（原判決附表一編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16）部分：

一、本件原判決認定被告許智信有於原判決附表（下稱附表）二編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16所示時間地點、以附表二編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16所示詐欺方式，向附表二編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16所示被害人施用詐術，使其等均陷於錯誤，分別交付如附表二編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16所示款項予被告之犯行。因而撤銷第一審關於附表一編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16部分分別論處被告公務員利用職務上機會詐取財物罪刑（共10罪）及諭知相關之沒收、追徵之判決，改判論處被告詐欺取財罪刑（共10罪）及諭知相關之沒收、追徵，固非無見。

二、按證據雖已調查，若尚有其他重要證據未予調查，或疑點未予釐清，致事實未臻明確者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查證據而未予調查之違法。次按，利用職務上之機會，以詐術使人將本人之物或第三人之物交付者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣6000萬元以下罰金，貪污治罪條例第5條第1項第2款定有明文。所謂「利用職務上之機會」，係指假借職務上之一切事機，予以利用者而言，職務本身固有之事機固不論矣，即使由職務上所衍生之機會，亦應包括在內，要不以職務上有最後決定者為限。又本罪係處罰公務員假借職務之便牟取私利之行為，而屬職務濫用犯罪之一種，倘該公務員施用詐術之內容，與該公務員之具體職務間具備內在關聯性，因而使被害人基於此等行為係屬該公務員執行職務之信賴，而陷於錯誤，進而交付財物者，即該當本罪。故是否利用職務上之機會，必須依其具體職務之範圍加以判斷，方得情實。又具體職務之範圍，除法令明文列舉或依行政規則之內部事務分配所規定者外，亦包括公務員為遂行其職務、依據法令規範意旨所應為或得為之行為在內。

三、本件依原判決之記載，被告於本件犯行期間（民國110年6月間某日起至112年9月26日止），係擔任宜蘭縣政府公共造產基金僱用管理員（109年9月10日起至112年12月31日止）及僱用專員（112年2月1日起至112年9月29日止），並支援縣長室基層服務業務及擔任前宜蘭縣長林姿妙（下稱前縣長）團隊駐區宜蘭市專員，代表或陪同前縣長參與縣內活動（見原判決第1頁）；原判決並援引卷附宜蘭縣政府113年4月25日函及所附宜蘭縣政府公共造產資金臨時人員勞動契約之記載（見第一審卷第213至237頁），認定被告之法定職務權限或其衍生職務不包括辦理宜蘭縣政府採購案或工程標案等業務，被告亦無監督、協調採購案、標案事務之權，就縣政府標案、採購案之決定均無實際上之影響力，因認被告所為，非屬公務員利用職務上機會詐取財物等旨（見原判決第10至

12頁）。然依原判決之前開認定，被告之具體職務內容除前開宜蘭縣政府公共造產基金僱用管理員及僱用專員外，另包括支援縣長室基層服務業務○○縣○○○○區宜蘭市專員在內；且依原判決所援引之證人即附表二編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16所示犯行之被害人林傳盛、陳淑美、楊宜樺、邱明煌、賴秉燊、游玉慧、林惠麗、朱璘禛（原名朱寶貴）、林明益、林育聖等人之證詞，其等係因被告擔任前縣長派駐宜蘭市之秘書或專員，經常代表或陪同前縣長出席公開活動，始相信被告可以與聞宜蘭縣政府採購案或工程標案等語（見原判決第12至14頁）；另宜蘭縣政府113年3月18日另紙回函更稱：被告自報到日起即按慣例支援受指派參加各項民間婚喪喜慶等相關場合，未曾承辦公共造產基金河川疏濬土石採取相關業務（見第一審卷第89頁），似指被告僅係掛名擔任宜蘭縣政府公共造產基金僱用管理員及僱用專員，實際之具體職務係支援縣長室基層服務業務○○縣○○○○區宜蘭市專員。如果無訛，則被告之職務是否係以支援縣長室基層服務業務○○縣○○○○區宜蘭市專員為主？其支援縣長室基層服務業務○○縣○○○○區宜蘭市專員之具體職務內容為何？是否包括代表或陪同前縣長辦理、協調或監督宜蘭縣政府採購案或工程標案等具體職務在內？被告有無受前縣長指示，就宜蘭縣政府採購案或工程標案為一定之處理，或接受前縣長諮詢、提供建議之具體職務在內？以上疑點，與被告之具體職務為何？被告向附表二編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16所示被害人施用詐術之內容與其具體職務間是否具備內在關聯性？被告有無利用職務上之機會詐取上開被害人財物之行為？此與被告應否就附表二編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16所示犯行論處貪污治罪條例第5條第1項第2款罪刑攸關，自有詳加究明釐清之必要。原審對上述疑點未加以調查釐清，致事實未臻明瞭，徒以被告擔任宜蘭縣政府公共造產基金僱用管理員及僱用專員之具體職務不包括監督、協調或辦理宜蘭縣政府

採購案或工程標案，遽認被告就附表一編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16所示犯行應論以刑法第339條第1項之詐欺取財罪，自難謂無調查未盡及理由欠備之違法。

四、檢察官上訴意旨執此指摘原判決違法，尚非全無理由。而原判決上開違法情形，影響於本件事實之認定及法律之適用，本院無從據以自行判決，應認原判決此部分有撤銷發回更審之原因。又原判決關於附表一編號1、2、4、5、8、10、11、13、15、16部分既經本院撤銷，則原判決就此部分與附表一編號3、6、7、9、12、14、17部分所處徒刑（詳見後述）而酌定之應執行刑部分，自已失所附麗，而當然失效，宜俟被告所犯數罪全部確定後，再由執行檢察官聲請定應執行刑，併予敘明。

貳、上訴駁回（原判決附表一編號3、6、7、9、12、14、17）部分：

甲、原判決附表一編號3、9、17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。本件原判決綜合全案證據資料，認定被告有於附表二編號3、9、17所示時間地點、以附表二編號3、9、17所示詐欺方式，向附表二編號3、9、17所示被害人施用詐術，使其等均陷於錯誤，分別交付如附表二編號3、9、17所示款項予被告之犯行。因而維持第一審論處被告詐欺取財罪刑（共3罪）及諭知相關沒收、追徵之判決，而駁回被告在第二審之上訴，已詳述其認定犯罪事實所憑證據及認定之理由。

二、按量刑之輕重，屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各

款所列情狀，而未逾越法定刑範圍，又未濫用其職權，均不能任意指為違法。就附表一編號3、9、17所示部分，檢察官起訴並於原審辯論時，主張被告係犯貪污治罪條例第5條第1項第2款之公務員利用職務上機會詐取財物罪，雖迭經第一審判決及原判決認定係犯刑法第339條第1項之詐欺取財罪，並依法變更起訴法條在案，但檢察官既已為上開主張，此部分犯罪檢察官自得上訴於第三審法院。原判決已說明第一審判決以被告之責任為基礎，斟酌刑法第57條所列各款事項而為量刑，尚屬妥適，而予以維持之理由，自屬裁量權之行使，尚難指為違法。檢察官上訴意旨固以被告全然否然犯行，且其行為嚴重影響公務員官箴等情，指摘原判決量刑過輕，然被告就此部分犯行，依原判決之認定尚非屬公務員職務上之犯罪，且被告於原審審理期間翻異前詞否認此部分犯行之犯後態度，亦經原審於量刑時審酌在案（見原判決第17頁），檢察官上訴意旨對原判決此部分量刑職權之合法行使，徒憑己見，任意指摘，自非適法之第三審上訴理由。

乙、附表一編號6、7、12、14所示部分：

按刑事訴訟法第376條第1項各款所定之案件，就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷並自為有罪之判決者，不得上訴第三審法院，為該條項所明定。就附表一編號6、7、12、14所示部分，檢察官主張被告係犯刑法第339條第1項之詐欺取財罪，迭經第一審判決及原判決為相同之認定。且原判決就附表一編號6、7、12、14所示部分，係維持第一審判決，而駁回被告就此部分之上訴，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件。揆諸前開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院。檢察官猶對此部分提起第三審上訴，顯為法所不許，亦併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　8　　月　　28　　日

刑事第一庭審判長法　官　徐昌錦

法　官　林海祥

法　官　江翠萍

法　官　楊智勝

法　官　張永宏

本件正本證明與原本無異

書記官　邱鈺婷

中　　華　　民　　國　　114　　年　　9　　月　　1　　日