最高法院刑事判決

114年度台上字第4893號

上　訴　人　臺灣高等檢察署檢察官吳協展

上　訴　人

即　被　告　孔繁嘉

選任辯護人　孫丁君律師

　　鄭曄祺律師

上列上訴人等因被告違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年6月24日第二審判決（113年度國上訴字第3號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署110年度偵字第41184號、112年度偵字第55360號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、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。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由，係屬二事。

貳、本件原審審理結果，認定上訴人即被告孔繁嘉（下稱被告）有如原判決事實欄所載之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決（理由有敘明不另為無罪諭知部分），論處被告犯貪污治罪條例第4條第1項第5款之對於違背職務之行為收受賄賂（下稱違背職務收賄）罪刑（含宣告褫奪公權）、國家安全法（下稱國安法）第7條第4項、第1項前段為大陸地區發展組織未遂罪刑，並定應執行有期徒刑5年4月，及為相關沒收

之宣告（被訴於民國96年8月29日至同年9月3日，在越南安排牽線陳立德予楊歷波認識，涉嫌違背職務收受賄賂及發展組織等罪部分，第一審及原判決均於理由中敘明不另為無罪諭知，因未據檢察官提起第三審上訴，並非本院審理範圍）。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之理由。

參、上訴意旨

一、檢察官上訴意旨略以：

㈠被告於95年11月10日至同年月12日、97年4月2日至同年月5日任職國防部軍事新聞通訊社（下稱軍聞社）期間內，先後收受美金6,000元、5,700元之賄款，2次收受賄賂之時間相隔約1年5月之久，且收受賄賂地點係不同國度之菲律賓、新加坡，前後2次收受賄賂之行為，尚非獨立性極為薄弱，犯行之時間、地點可顯然分開，在刑法評價上，各具獨立性，應依數罪併罰論處。原判決依接續犯論以一罪，適用法律容有違誤。

㈡被告明知臺灣地區與大陸地區在軍事上仍屬對抗狀態，且中華人民共和國人民解放軍東部戰區所轄中國共產黨廈門市人民政府第四辦公室（下稱中共廈門四辦）係中國共產黨在廈門市設立之情報工作掩護機構，負責開展對臺情蒐、滲透工作，並採取安排赴境外第三地旅遊之方式進行接觸、拉攏、吸收、策反我國國軍等任務，與之合作將危害國家安全或利益，其應允為大陸地區吸收或為之提供吸收、接觸我國現役、退役軍職人員之發展組織機會或交付軍事機密等違背職務之行為，顯係為大陸地區發展組織之行為。被告於調詢、偵訊中，夾雜表示：我並沒有想要為他們工作，一切都是想要去拖延或敷衍，自始自終都沒有想過要心甘情願替中共廈門四辦官員發展組織，沒有意圖想要去影響國家安全；於原審亦供稱：我不認為大陸與我國係處於敵對之狀態等語。細究上開供述內容，被告並無自白犯罪之真意，原判決就被告

所犯為大陸地區發展組織未遂罪，適用國安法第7條第7項（前段）規定予以減刑，亦有違背法令之處等語。

二、被告上訴意旨略以：

㈠貪污治罪條例第4條第1項第5款所定之「職務」，應為公務員職務上執掌之事務，不包括道德性、抽象性及與具體職務無直接關係之義務規定。倘若公務員所涉犯之行為非屬業務職掌，即不得謂屬「職務」。原判決認被告違反憲法第138條與國防法第5條、第15條，及被告行為時之陸海空軍軍官士官服役條例第47條、公務員服務法第4條第1項、國安法第2條之1之誠命，顯係恣意擴張「職務」之範圍，違反罪刑法定主義、法律明確性原則及歷來司法實務見解。況憲法第138條屬基本國策，僅係規範國家整體發展之基本方向與原則，原判決以憲法明定軍人應效忠國家，負有保衛國家之特別義務，作為本案職務行為之判準，顯係混淆憲法於法規範之地位及功能。又被告任職軍聞社之業務執掌內容係：「負責國軍軍事新聞採訪報導及電視專輯節目製播並提供媒體運用」，其雖於原審坦承全部犯行，然本件犯行與被告任職軍聞社之職務無關，自難認有何違背職務之行為，不應論以違背職務收賄罪，原判決有判決不適用法則或適用不當之違誤。

㈡被告邀請王智平（時任軍聞社上校社長）、王興國（政治作戰學校同學，時任議員助理）旅遊，並提供中共廈門四辦「松濤」之聯絡方式予王興國等行為，難認對既遂結果之發生有高度危險，且無任何證據可認王興國已知悉被告有招募、吸收發展組織之意圖，是被告發展組織之行為應尚未著手，不應論處國安法第7條第4項、第1項前段之為大陸地區發展組織未遂罪。

㈢被告坦承犯行，實際上並未允諾大陸地區楊歷波等人為任何危害國家之行為，所犯情形並非重大，且於偵審中全力配合犯罪事實之調查，並非犯後態度惡劣，實質有助於案件之事實釐清、節省公益資源。而貪污治罪條例第4條第1項第5款

之罪，法定刑為無期徒刑或10年以上有期徒刑；國安法第7條第4項、第1項前段之為大陸地區發展組織未遂罪，法定刑則為7年以上有期徒刑，至為嚴峻。被告現在已非國軍，不再有利用國軍身分之機會，先前所收取之賄賂金額非鉅，且已繳還，在擔任國軍期間所有與楊歷波等人之接觸，皆未有明確危害國家或損及公務員正當信賴之行為。此外，被告母親罹患嚴重慢性病，亟需被告照顧並定期陪同就診，若對被告再課予重罰，難免過於嚴苛、使人同情。衡量被告之犯罪情節、惡性及犯後悛悔之態度等，原判決未依刑法第59條規定酌減其刑，有判決不適用法則或適用不當之違誤等語。

肆、經查：

一、關於違背職務之行為

㈠貪污治罪條例第4條第1項第5款之違背職務收賄罪，其所謂「違背職務之行為」，係指公務員故意違背其職務上所應忠誠踐履之責任或義務，積極為其職務上所不應為之行為（不應為而為），或消極不履行其職務上所應為之行為（應為而不為），或不正當為之，而與其職務上之義務、責任有所違背者而言。而公務員之職務難以法令概全，本不以法定職權為限，包括雖非法令上所列舉之職務權限，但實質上與其職務具有密切關連之行為。是所謂「違背職務之行為」，重在公務員違反作為或不作為之一切職務上義務，係以有無「法規範」誡命或禁止要求而定，不以同條例第6條第1項第4款、第5款所定之違反「法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定」為限，該行為如屬行為人職務上「不應為而為」或「應為而不為」之行為，即與前開規定之構成要件合致。又關於公務員職務倫理、品位義務等行為準則之「法規範」，若有公務員不應為或應為之規定，自相關職務法令及行為準則之規範體系為整體觀察，如已就公務員職務內容形成特定之禁止或誡命要求，縱使該「法規範」欠缺具體執行辦法或未直接賦予法律

效果，公務員仍不得有「不應為而為」或「應為而不為」之行為，否則仍屬違背職務之範疇。

㈡我國憲法中關於基本國策條款，散見於憲法本文第13章「基本國策」各節與憲法增修條文第10條等規定。由於各條款間規範結構與內容之差異性大，固難以得出一體性的客觀規範效力。惟在憲法具有優先性與法拘束力前提下，依我國釋憲實務見解，基本國策條款已從過往綱領（方針）條款、國家目標規定之指導立法功能，漸次發展成為具有拘束力之憲法委託，提供國家以法律限制人民基本權利之合憲性目的基礎，並課予立法者有具體形成之規範性任務，具有對立法者立法的最適化誡命（例如司法院釋字第472號解釋）。此外，基於事物關聯性，基本國策條款得就憲法相關基本權利之保護範圍、功能及限制等進行內容上填充（例如憲法第152條至第154條規定之於同法第15條工作權保障內涵），並作為司法審查之「憲法基準」，用以審查具體法規範是否符合國家以法律限制人民基本權利之正當依據（例如司法院釋字第422號、第664號解釋及憲法法庭115年憲判字第3號判決）。至於基本國策條款是否可以作為人民主張基本權利之依據，固無定論；但基於所有國家權力皆受基本國策拘束之前提，立法者既有遵守基本國策進行法規範形成之義務，則當人民之舉措違背特定基本國策條款時，如有相應於該基本國策條款之處罰規定存在，行政或司法機關依據該規定行使裁罰權、追訴或審判，此即為基本國策條款對人民所生之「間接效力」。憲法（第13章基本國策第1節國防）第138條規定：「全國陸海空軍，須超出個人、地域及黨派關係以外，效忠國家，愛護人民。」因現役軍人負有保衛國家之特別義務（司法院釋字第436號解釋文、第624號解釋理由書第2段及憲法法庭112年憲判字第6號判決理由第15段參照），為維護自由民主憲政秩序，基於國家安全及軍事需要，結合上開規定與現役軍人之職務上相關法令及行為準則（如國防法、陸海空軍軍官士官服役條例、公務員服務法等相關規

定），共同建構其職務上之忠誠勤務及保密義務，與其法定職務所應遵守之其他禁止或誡命規定，用以限制現役軍人之基本權利，並形成其職務上義務。如有違背，即屬「違背職務之行為」。

㈢原判決敘明：1.依憲法第138條、國防法第5條及被告行為時陸海空軍軍官士官服役條例第47條（現行第58條）、公務員服務法第4條第1項（現行第5條第1項）、國安法第2條之1（現行第2條）等規定，由憲法開啟上位概念後，具體化於各該法律規範，其所形成之軍人職務內容，特指軍人須以國家、憲法為最核心之理念，除誡命其價值目標外，並禁止造成自由民主憲政秩序、軍事及公務機密之危險，亦不得為大陸地區發展組織。此與軍人因其身分受分派之具體、特定職務內容，或因而形成之禁止或誡命事項，其規制有所不同。2.軍人因其特殊且唯一之國防武力性質，需要以國家、憲法為優先，嚴格禁止參與任何外部勢力對國家、憲政秩序危險之事項，亦不得有對於國家機密造成危險之行為，禁止任何（包括居間仲介、發展組織或以任何形式參與）造成外部勢力危害國家安全及自由民主憲政秩序之作為，不因其所居為軍中何種職位或執行何種職務而有區別。3.被告係依法令服務於國家所屬軍事機關而具有法定職務權限之軍人，明知中共廈門四辦官員與其聯繫旨在蒐集軍事情報、發展組織等工作，如與其合作將危害國家安全及利益，仍應允引介現役、退役軍職人員赴大陸地區或境外第三地旅遊，以接受中共廈門四辦各式禮遇、招待，為大陸地區吸收或為之提供吸收、接觸我國現役、退役軍職人員之發展組織機會或交付軍事機密等違背職務之行為；並收取現金或接受招待至境外第三地旅遊等賄賂作為報償，該賄賂之收受與交付間，具有對價關係。因認被告以其軍人之公務員身分，就其軍人本質職務上禁止行為（即禁止交付軍事及公務秘密，並不得為大陸地區發展組織等，對於國家自由民主憲政秩序造成危險），收取對價而應允未來實行禁止作為之內容，構成違背職務收賄之

行為等旨。依原判決所認定之事實，核與上述關於「違背職務之行為」之說明，並無不合，亦非僅引用憲法第138條作為認定被告違背職務之依據。

㈣國家不分平時或戰時，為達成國家目標（或軍事目標）對敵所採取之一切非純武力手段，皆屬於政治作戰。軍事新聞屬國防部政治作戰局軍事新聞處轄下業務（國防部政治作戰局處務規程第8條參照），同為政治作戰一環。被告任職軍聞社期間，因現役軍人身分及採訪、製播軍事新聞之便，除法令上所列舉之職務權限，實質上與其現職身分及職務具有密切關連之政治作戰行為分際，同為其應遵守之職務上義務與責任。被告上訴意旨㈠置原判決之說明於不顧，援引其他個案情節不同之裁判內容，依憑己意，以本案收賄犯行與其任職軍聞社之職務無關，不應論以違背職務收賄罪等語，執以指摘原判決此部分之適用法律有所違誤，殊非上訴第三審之適法理由。

二、關於為大陸地區發展組織之著手時點

㈠按已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯，刑法第25條第1項定有明文。關於著手時點之判斷，應以行為人之主觀認識為基礎，再以已發生之客觀事實為判斷，亦即行為人依其對於犯罪之認識，開始實行足以與構成要件之實現具有必要關聯性之行為，此時行為人之行為對保護客體已形成直接危險，即屬犯罪行為之著手。

㈡108年7月3日修正前國安法第2條之1為大陸地區發展組織之行為，係指人民為大陸地區行政、軍事、黨務或其他公務機關或其設立、指定機構或委託之民間團體提供機會，裨益該機關、機構或團體之人員接觸、拉攏、吸收新的對象，以期該新對象能夠同意該組織之設立目的。該條文於108年7月3日修正公布（經行政院定自同年7月5日施行），增列「香港、澳門、境外敵對勢力」，明示本條規範包含境外政治實體或組織。再於111年6月8日修正公布（經行政院定自112年12月1日施行），除條次變更為第2條，為周延規範行為主體

及明確處罰範圍，爰將序文之「人民」修正為「任何人」，並就行為人裨益外國、大陸地區、香港、澳門、境外敵對勢力之對象增加「其所設立或實質控制之各類組織、機構、團體」，以期周延並符合法律明確性原則之要求。其中有關禁止為大陸地區行政、軍事、黨務或其他公務機關或其設立之機構從事發展組織之行為一節，修正前後並無不同。而國安法第7條第1項之違反第2條第1款為大陸地區發展組織罪，其所保護之法益乃攸關國家安全、社會安定及自由民主憲政秩序存續之國家法益，依其構成要件體例，立法者擬制該構成要件行為本身已對所欲保護法益具有現實且不能容許之一般危險性，並以「意圖危害國家安全或社會安定」之主觀要件，限縮入罪範圍以避免過度前置或擴大處罰。但為防範大陸地區對我國國家安全防護及自由民主機制之滲透干預，確保國家安全及社會安定，為大陸地區發展組織之入罪，擴及處罰其未遂犯（同條第4項參照），以為前置性之法益保護。而所謂「發展組織」，係指為求組織之存續及壯大，對外接觸、招攬、吸收新成員或培訓組織內部人才，以擴大組織中可用人力資源而言，不以有刺探公務秘密等行為為其前提要件。考量本罪係處有期徒刑7年以上之重罪，行為人於接觸、招攬、吸收新對象時，通常先採取中性交流方式，例如邀約旅遊、返鄉尋根、探親祭祖、宗教文化交流、合辦學術研討會、獎助就學等迂迴、隱諱、甚至長期布局之方式，待取得對方信任或失去戒心後，始漸次揭露或暗示其發展組織之主觀意圖，避免違法事跡敗露。得否認為行為人已著手實行發展組織之構成要件行為，應依個案事實之時序發展，視其依主觀上之認識，是否已將發展組織之犯意表徵於外，並就犯罪實行之全部過程予以觀察，倘由其所使用之接觸、招攬、吸收新對象等方法，足以表徵其係意圖危害國家安全或社會安定，基於發展組織之犯意而為，且與發展組織行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，即得認已對於發展組織罪所要保護之國家法益，形成直接危險，

開始實行足以與發展組織罪構成要件之貼近實現具有必要關聯性之行為，而已達著手階段，並不致造成刑罰過度前置或有擴大處罰之疑慮。至於受接觸、招攬、吸收之人有無意識到行為人之主觀意圖，事涉個人主觀感受差異，並非所問。若該被接觸、招攬、吸收之人同意而與該組織具備共同目的，則上開組織之發展行為即屬既遂；反之，則屬未遂。

㈢原判決敘明：被告為創造機會供中共廈門四辦接觸我國軍情相關人員、退役人員而遂行拉攏、吸收之目的：1.致電告知中共廈門四辦人員已與王智平約晤及索取不明軍事資料，將隨時回報邀約王智平出境之進度，嗣著手邀約安排王智平赴大陸地區或境外第三地旅遊，惟王智平以非因公務出國難獲批准為由婉拒。2.邀請王興國同赴大陸地區福建省廈門市，受中共廈門四辦官員招待，原欲再度安排王興國出境，因疫情而作罷。嗣傳送通訊軟體微信暱稱「松濤」（原暱稱為「林濤」）之人聯絡方式予王興國，使王興國得以與中共廈門四辦官員保持聯繫，惟王興國並未積極與彼等聯繫等旨。依原判決所認定之事實，被告所使用之接觸、招攬、吸收新對象之方法，與發展組織罪構成要件之貼近實現具有必要關聯性，已足以表徵其係意圖危害國家安全或社會安定，基於發展組織之犯意而為，且與發展組織行為之進行，在時間、地點及手段上有直接、密切之關聯，已對於發展組織罪所要保護之國家法益，形成直接危險。因認被告已著手於為大陸地區發展組織之實行，惟因未獲王智平、王興國同意為該大陸地區組織所用而未生既遂之結果，故論以為大陸地區發展組織未遂罪等旨。核其論斷，與卷存事證及前述說明尚無不符，無違法可言。

㈣被告上訴意旨㈡認應以受接觸、招攬、吸收之人有無意識到行為人之主觀意圖，作為行為人發展組織是否著手之認定標準，將使犯罪是否著手之標準取決於因人而異之主觀感受，判斷標準有失明確，且無視對所欲保護之國家法益是否已形成直接危險。此部分上訴意旨係對於原判決已明白論斷之事

項，依憑己見為不同之評價，執以指摘原判決違法，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

三、第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，以判斷其適用法律之當否。犯罪態樣究竟屬於應予併罰之獨立數罪，或集合犯、接續犯之包括一罪，抑或係基於一個意思決定，一個實行行為，發生侵害數法益結果之想像競合犯，屬事實審法院採證認事職權之行使，倘不違背經驗、論理法則，即不能任意指為違法，而執為適法之上訴第三審理由。又行為人基於單一之犯意，於同時、同地或密切接近之時、地，實行數行為，而數行為間具有行為局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，倘係侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，較為合理者，應論以接續犯，為包括之一罪。若行為人非基於單一之犯意，先後實行數行為，每一前行為與次行為，在時間差距上，可以區隔，在刑法評價上，各具獨立性者，始應依數罪併罰之規定，予以分論併罰。原判決已說明：被告於95年11月10日至同年月12日、97年4月2日至同年月5日在軍聞社在職期間內，先後收受賄款，均係基於同一犯罪目的之接續犯意，作為應允大陸地區發展組織、提供軍事機密情報之違背職務行為之對價，於不遠之期間，向楊歷波等人收受前揭賄款，而侵害同一之國家法益，各行為之獨立性薄弱，依一般社會觀念，尚難以強行分開，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續作為，合為包括之一行為，較為合理，而屬接續犯，就其違背職務收賄罪，僅論以一罪等旨。依原判決認定之事實，其適用法律尚無不合，亦無違背經驗及論理法則。檢察官上訴意旨㈠係就原審採證認事職權之行使及原判決已說明之事項，依憑己意，而為指摘，顯非上訴第三審之適法理由。

四、考量國安法第7條第1項至第5項所定犯罪行為對國家安全或社會安定危害重大，為鼓勵行為人自新，如有自白者，有為

得減輕其刑之規定，爰於同條第7項前段規定：「犯第1項至第5項之罪，於偵查中及歷次審判中均自白者，得減輕其刑」。所謂「自白」，係指犯罪嫌疑人或被告對自己之犯罪事實全部或主要部分為肯定供述之意，不包括對於該事實之法律評價，至其自白之動機、內容之簡詳及次數，均非所問。故是否符合自白之要件，應就其前後陳述之實質內容加以判斷，若可認為已對自己之犯罪事實為肯認之表示，縱對其行為在刑事法律之評價（例如是否成立犯罪或所犯罪名為何）有所主張，或對其犯罪情狀（例如犯罪之動機、目的、手段、違反義務程度或所生危害等）或行為人情狀（例如犯罪行為人之品行、智識程度等）為有利於己之辯解，尚不影響其自白之認定。至是否得減輕其刑，為事實審法院在符合法定要件前提下之裁量權限，其裁量權之行使，倘無濫用或顯然失當之情形，即不能任意指為違法。原判決已說明：被告於偵查中已就著手發展組織未遂之主要事實部分供述在案，並陳述犯罪之動機、目的，而非一概否認主觀意圖，無礙其已供述客觀犯罪事實及其明確認知之主觀不法，應可評價其於偵查中業已自白。另被告於第一審及原審均已坦承為大陸地區發展組織未遂罪，整體觀察可認其陳述有相當助益於事實釐清、節省公益資源，爰依國安法第7條第7項前段規定，減輕其刑等旨。核係原審裁量職權之適法行使，尚無不合。檢察官上訴意旨㈡指摘原判決上述減輕其刑違背法令等語，並非適法之第三審上訴理由。

五、刑法第59條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，認為即使予以宣告法定最低度刑仍嫌過重者，始有其適用。此屬事實審法院得依職權裁量之事項。關於本件有無前述規定之適用一節，原判決審酌被告之犯罪情狀，認與上開規定之要件不合，已敘明不予酌減其刑之依據及理由，無違法可言。被告上訴意旨㈢係對原判決已斟酌說明之事項，徒以自己之說詞，重為爭執，殊非適法之上訴第三審理由。

伍、綜合前旨及其餘上訴意旨，或係置原判決所為明白論斷於不顧，依憑己意而為相異評價，重為事實之爭執，或對於事實審法院取捨證據與判斷證據證明力之職權行使，徒以自己之說詞，指為違法，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。依上所述，本件檢察官及被告之上訴皆違背法律上之程式，均應駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　1　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　楊智勝

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

本件正本證明與原本無異

書記官　林怡靚

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　7　　日