

01

最高法院刑事判決

02

114年度台上字第5996號

03

上訴人周學賢

04

選任辯護人 劉嶽承律師

05

林仁修律師

06

翁偉倫律師

07

上列上訴人因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年9月30日第二審判決（114年度上訴字第3612號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署113年度偵字第5252、7362、7634號），提起上訴，本院判決如下：

11

主文

12

原判決關於周學賢部分撤銷，發回臺灣高等法院。

13

理由

14

□本件原判決認定上訴人周學賢有如其犯罪事實欄（下稱事實欄）□（一）、（二）所載之各犯行明確，因而維持第一審關於論處上訴人有調查職務之人員，犯貪污治罪條例第4條第1項第5款之違背職務收受賄賂共2罪刑（事實欄□（一）部分，想像競合犯有調查職務之人員不違背職務收受賄賂罪、公務員包庇他人犯妨害風化罪、洩漏國防以外之機密罪；事實欄□（二）部分，想像競合犯公務員包庇他人犯意圖營利聚眾賭博罪、洩漏國防以外之機密罪），暨相關沒收、追徵部分之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，固非無見。

23

□有關通訊軟體LINE（下稱LINE）對話紀錄截圖之證據能力

24

（一）儲存於電腦或手機之通訊軟體對話紀錄，係在人為操作下，純粹由電腦記錄該人所製作之文字、圖畫或符號之數位檔案。而將電腦或手機儲存之該對話紀錄內容，以機械、照相、化學、電子或其他科技方法，準確重製之產出物，乃原始證據內容重現之複製品，與原始證據具有相同之證據能力（例如拍攝該對

話紀錄內容之照片，或列印之紙本文件）。於當事人就該複製品與原始數位資訊內容之同一性無爭議時，雖無庸行驗真調查程序，惟因該對話紀錄內容涉及人之供述，其是否須接受傳聞法則之檢驗，始具證據能力，則視提出該證據所欲證明之待證事項為何，以資評斷。倘係為證明該供述內容之真實性，自有傳聞法則之適用，除非符合刑事訴訟法第159條之4、第159條之5等傳聞例外之規定外，不得作為證據；如係用以證明其他事項（如僅在證明陳述人確曾為該段陳述，或為某行止，或與被告間之對話），而非為證明該陳述內容為真，則無傳聞法則之適用，應予區辨。又所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；該資格之取得，以證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除為要件。

(二)卷查原判決所引用憑以認定上訴人本件犯行之如其附表（下稱附表）五編號6、編號7、編號14、編號15（不含陳總明〈業經第一審論處罪刑確定〉與上訴人於民國111年2月15日之LINE對話紀錄截圖）、編號27(5)(6)(7)所示之LINE對話紀錄截圖，上訴人於原審均主張係被告以外之人於審判外之陳述，不得作為證據（見原審卷(一)第309、321至324頁）。其中附表五編號14所示之李仁智與游玉萍（均經第一審論處罪刑確定）間113年4月12日LINE對話紀錄截圖、編號15所示之陳總明與游玉萍間LINE對話紀錄截圖、編號27(6)所示之「貝教VVIPFUN新樂園」群組中有關王嘉遠（業經第一審論處罪刑確定）與上訴人間LINE對話紀錄截圖、編號27(7)所示之「大四喜管理室」LINE群組對話紀錄截圖，或係用以證明游玉萍曾致電上訴人、游玉萍將夜色小吃店監視器帳號與密碼傳送予李仁智、大四喜棋牌休閒館有公布相關教戰手冊等情，或係證明上訴人與王嘉遠間曾為之對話，均非用以證明各該供述內容之真實性，固無傳聞法則之適用。惟原判決以附表五編號6所示之李仁智與陳總明間LINE對話紀錄截圖，證明李仁智透過陳總明交付賄款予上訴人、上訴人曾出面處理李仁智經營之夜色小吃店事務，及李仁智因傅偉

德遲遲未回帳，而以LINE傳送「可以麻煩哥哥通知」之訊息予陳總明；並以附表五編號27(5)所示之「大四喜股東群」LINE對話紀錄截圖，證明陳總明、王嘉遠自112年2月起至113年6月11日止，於每月初另行交付2股乾股紅利給上訴人；且以附表五編號27(6)所示之王嘉遠與友人「D-H」間LINE對話紀錄截圖，證明王嘉遠均以「小賢賢」稱呼上訴人等情（見原判決第24、25、35頁）。原判決此部分理由之論述，顯然係以上開LINE對話紀錄所述內容屬實而為之推論，自應有傳聞法則之適用。乃原判決引事例不同之本院98年度台上字第6574號判決意旨（乃闡述車禍現場及車損照片、相驗照片，係以機械方式留存之影像，非依憑人之記憶加以轉述而得，故非屬供述證據，無傳聞法之適用），認此部分LINE對話紀錄內容，非供述證據，無傳聞法則之適用，而未說明「大四喜股東群」群組內，及李仁智、陳總明、王嘉遠等上開審判外之陳述，何以得作為證據之理由，即認具有證據能力，並採為不利於上訴人認定之憑據，自悖於證據法則，併有判決理由不備之違法。又原判決以附表五編號7所示之陳總明與黃愛雪（經第一審論處罪刑確定）間113年6月4日LINE對話紀錄截圖，證明「李仁智於113年6月3日晚間8時48分許，在夜色小吃店櫃檯將裝有賄款之牛皮紙袋交予徐嶺驛（業經第一審論處罪刑確定），徐嶺驛即依指示，於同日晚間8時53分許，前往大四喜棋牌休閒館，將該只牛皮紙袋交予陳總明」乙情（見原判決第25頁）。惟該LINE對話紀錄之內容，僅係拍攝4杯飲料之照片及傳送「跟警察喝咖啡」之訊息（附表五編號7「卷證」欄所載之卷證內容，並非前述陳總明與黃愛雪間LINE對話紀錄內容，而依原審卷(一)第452頁審判程序筆錄所載，該截圖應係附於偵字第5252卷(六)第71頁），與原判決認定之此部分待證事實，似不具有自然關聯性，能否作為認定該部分待證事實之證據？難謂無疑。至原判決雖引用附表五編號14所示之李仁智與游玉萍間111年2月4日LINE對話紀錄截圖作為證據，惟未說明該證據證明之待證事實（見原判

01 決第28、29頁），以致本院無從就原判決此部分適用法則是否
02 允當為審斷，同有理由欠備之違法。

03 □被告以外之人於偵查中經具結後，向檢察官所為之陳述，依刑
04 事訴訟法第159條之1第2項規定，除顯有不可信之情況者外，
05 得為證據；而其等於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查
06 中（下稱警詢等）所為之陳述，依同法第159條之2規定，則需
07 與審判中不符，且其警詢等所為之陳述具有較可信之特別情
08 況，並為證明犯罪事實存否所必要者，始得為證據。至被告以
09 外之人於偵查中未經具結所為之陳述，雖因欠缺具結，難認檢
10 察官已恪遵法律程序規範，而與前引第159條之1第2項之規定
11 有間。惟該未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於
12 在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須
13 具結，卻於具有「特信性」、「必要性」時，即得為證據，秉
14 於同一法理，依舉輕以明重原則，則被告以外之人於偵查中未
15 經具結所為之陳述，自可類推適用同法第159條之2之規定，以
16 定其證據能力之有無。準此，倘當事人爭執被告以外之人於警
17 詢等，及偵查中未經具結所為陳述之證據能力，而事實審法院
18 欲以該等審判外之陳述作為證據時，自應詳敘該等審判外之陳
19 述何以有傳聞法則例外規定適用之理由，否則即有理由不備之
20 違法。稽之卷內資料，上訴人就李仁智、陳總明、王嘉遠、徐
21 嶽驛（下稱李仁智等4人）於法務部廉政署及於偵查中以被告
22 身分所為之陳述，於原審均否認其證據能力（見原審卷（一）第30
23 9、321至323頁）。惟原判決以李仁智等4人上開審判外之陳述
24 並無「顯不可信的情況」且屬上訴人成罪與否之證據，認具有
25 證據能力（見原判決第7頁），而誤以刑事訴訟法第159條之1
26 第2項規定，作為李仁智等4人此部分審判外陳述是否具有證據
27 能力之判斷，已有適用法則不當之違法。且原判決就何以認定
28 李仁智等4人上開審判外之陳述，與其等於第一審審判中所述
29 不符，及該等審判外陳述具有較可信之特別情況，皆未說明理
30 由。另李仁智等4人於偵查中經檢察官以被告身分訊問後，亦
31 皆轉為證人身分並依法命具結後為訊問（見偵字第5252卷（一）第

292、410頁、偵字第5252卷(三)第141頁、偵字第5252卷(五)第36
0、396、432頁、偵字第5252卷(六)第20、91頁、偵字第5252卷
(七)第98、198、279、337、397、405、406頁、偵字第5252卷(八)
第87頁），則李仁智等4人於法務部廉政署及於偵查中以被告
身分所為之陳述，是否仍具有證明本件犯罪事實之必要性，亦
非無疑。乃原判決就上開疑點未為必要之說明，即逕認李仁智
等4人上開審判外之陳述具有證據能力，同有判決理由欠備之
違法。

□按刑法所處罰公務員包庇他人犯罪，係指對於他人之犯罪予以
包攬庇護之謂；需有積極性之行為，足認為係予以保護者，始
足當之，例如予以便利，使易於經營，或予以隱蔽，使不易被
發覺取緝等皆是。若僅消極性不加禁止，任其氾濫，則不屬
之。原判決認定上訴人基於包庇李仁智、陳總明等人犯妨害風
化罪之犯意，為：(1)明知夜色小吃店意圖營利，容留或媒介使
女子為有對價性交或猥褻行為，竟容任該店持續經營，不予取
緝違法經營有女陪侍之酒吧業、視聽歌唱業予以包庇；及(2)於
112年2月23日以LINE通知陳總明：「市長預估22：30到愛一
路」、「22：30又要到愛一路全棟」使陳總明得以掌握臨檢動
向與時間，即時通報李仁智要求店內女子停止一切猥褻行為
(即事實欄□(一)部分；見原判決第2至3頁)。另基於包庇陳總
明、王嘉遠等人犯意圖營利聚眾賭博罪之犯意，為：(1)明知大
四喜棋牌休閒館意圖營利供給賭博場所、聚眾賭博，仍容任該
店持續經營，不予取緝加以包庇；及(2)於112年11月19日以LIN
E傳送：「112年11月19日20時許起至11月25日凌晨24時許止
(共7天)，謹防未成年在內」予王嘉遠及陳總明，使其等得
以防範等情(即事實欄□(二)部分；見原判決第5至6頁)。惟有
關前述上訴人容任夜色小吃店、大四喜棋牌休閒館持續經營，
不予取緝部分，原判決於事實欄未詳為認定上訴人究竟有何足
認係予以保護之積極性行為，於理由欄亦未加以說明，其逕認
此部分構成包庇行為，已有理由不備之違法。又依原判決於事
實欄□(二)之記載，就上訴人收受李仁智給付之賄款後，除為上

述包庇犯行外，尚於112年11月19日，以LINE傳送：「112年11月19日20時許起至11月25日凌晨24時許止（共7天），謹防未成年在內」給李仁智與陳總明，使其等得以預作準備；另以基隆市警察局少年隊刑事小隊長名義直接或間接使夜色小吃店之經營免於幫派份子郭岳鑫、黃嘉政、陳信吉等人覬覦，並使幫派份子如期付帳等行為（見原判決第3至4頁）。如果無訛，上訴人此部分所為是否不足以認定係包攬庇護李仁智、陳總明等人犯妨害風化罪，即有研議之餘地。乃原判決未將上訴人此部分犯行認定係包庇他人犯妨害風化罪，復未敘明何以不構成包庇他人犯妨害風化罪之理由，難謂無判決理由不備之違法。

□以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，而原判決上開違誤影響於事實之確定，本院無從據以為裁判，應認原判決關於上訴人部分有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　17　　日

　　刑事第一庭審判長法官　徐昌錦

　　法官　林海祥

　　法官　張永宏

　　法官　陳芃宇

　　法官　江翠萍

本件正本證明與原本無異

　　書記官　李淳智

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　23　　日