最高法院刑事判決

108年度台上字第1179號

上　訴　人　楊士弘
選任辯護人　林耀立律師
上　訴　人　翁耀財
選任辯護人　林忠儀律師
上　訴　人　台灣泰格開發股份有限公司
兼　代表人　朱瑜蓁
共　　同
選任辯護人　周燦雄律師
上　訴　人　徐暐超

上列上訴人等因違反政府採購法等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年1月31日第二審判決（106年度上訴字第463號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署104年度偵字第4457、6965、13609、15013號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、原判決關於楊士弘、翁耀財、朱瑜蓁、徐暐超如其附表一編號一至九部分：

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。

二、本件原審審理結果，認為上訴人楊士弘、翁耀財、徐暐超（下稱楊士弘等3 人）、朱瑜蓁有違反政府採購法、加重詐欺取財各犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，變更檢察官所引起訴法條，經比較新舊法律，改判依想像競合犯從一重論處楊士弘如其附表（下稱附表）一編號一至九共9 罪刑，

翁耀財如附表一編號一至九共9罪刑，徐暐超如附表一編號二至七共6罪刑，及朱瑜蓁如附表一編號一之罪刑，另論處徐暐超如附表一編號一之罪刑，已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由。並就楊士弘、朱瑜蓁否認犯行之供詞及所辯各語認非可採，予以論述及指駁。又本於證據取捨之職權行使，針對共犯證人翁耀財證述原判決事實欄（下稱事實欄）一、㈡之4.所示工程，楊士弘收取回扣是得標價20%，2%是其作業費用之說詞，如何不足採信之理由，業已論述明白。

三、刑事訴訟法第159條之5立法意旨，在於確認當事人對於傳聞證據有處分權，同意或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。法院於審查各該傳聞證據是否有類如該條立法理由所指欠缺適當性之情形（即證明力明顯過低，或該證據係違法取得等）後，如認皆無類此情形，而認為適當時，因無損於被告訴訟防禦權，於判決理由內僅須說明其審查之總括結論即可，要無就各該傳聞證據製作當時之過程、內容、功能等，逐一說明如何審酌之必要。否則，即有違該條貫徹加重當事人進行主義色彩精神之立法本旨，亦無助於達成該條尋求訴訟經濟之立法目的。原判決理由欄甲、壹之二就被告以外之人，於審判外陳述之傳聞證據，如何有證據能力，業已說明檢察官、被告及其等辯護人於法院調查證據時，均未聲明異議，經審酌認為適當，依刑事訴訟法第159條之5第2項規定，該等傳聞證據有證據能力之理由。原判決並非依同法第159條之2認定有證據能力。徐暐超上訴意旨以原判決未說明證人審判外之陳述，有何可信性及必要性，而具證據之適格性，指為違反證據法則。核係未依卷內訴訟資料所為之指摘，顯非適法之上訴理由。

四、按共同正犯，應對其共同犯意聯絡範圍內之全部犯罪事實負責，而其犯意聯絡表示之方法，不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致者，亦屬之，且彼此間之意思聯絡，原不以數人間直接發生為限，即有間接之聯絡，亦包括在內。又

被告之自白，或共犯證人、對向犯之證述，固不得作為認定被告犯罪之唯一證據，而須以補強證據證明其確與事實相符。然茲所謂補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證陳述者指述之犯罪非屬虛構，能予保障所指述事實之真實性，即已充分。而得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之實行犯罪，但以此項證據與陳述者之指述為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非屬補強證據。是以補強證據，不論係人證、物證或書證，亦不分直接證據與間接證據，均屬之，而如何與陳述者指述之內容相互印證，足以平衡或祛除可能具有之虛偽性，而達補強犯罪重要部分之認定，乃證據評價之問題，由事實審法院本於確信自由判斷，此項判斷職權之行使，倘未違背客觀存在之經驗法則或論理法則，並已於理由內詳述其取捨證據之理由，自不得任意指為違法，而執為適法之上訴第三審理由。原判決理由欄甲、貳、一之㈣依憑共犯證人翁耀財之證詞，證人張尉農、陳柏欣、傅慶華之證言，綜核楊士弘在花蓮縣議會雖無擔任任何職位，然其是時任花蓮縣議會議長楊文值之堂弟，楊士弘告知翁耀財若要承攬花蓮縣議會工程，其需要收取費用，且楊士弘常到花蓮縣議會走動並翻看預算簿，亦會主動關心翁耀財協助編製之工程概算送簽進度，未經楊士弘關心之工程概算送簽即會被檔下等情況證據，就楊士弘如何有翁耀財所述要求其支付款項，並指示將預計收取之不法金額編入工程概算金額之理由，均已論述綦詳。復依憑楊士弘、翁耀財、朱瑜蓁、徐暐超之供述，鍾秋妹（楊士弘之母）、花蓮縣議會相關員工及參與標案之相關廠商證人之證言，附表二至十所載各項證據，暨案內其他證據資料，敘明㈠楊士弘、翁耀財及台灣泰格開發股份有限公司（下稱泰格公司）負責人朱瑜蓁有如事實欄一之㈠所載以借牌圍標之詐術使「議會屋頂消音增設工程」開標發生不正確結果之犯行，及徐暐超有出借東燁營造有限公司（下稱東燁公司）名義投標，使前開工程開標發生不正確結果；㈡楊士弘等3人有

如事實欄一㈡之1.至6.所載借牌圍標之詐術使各該工程標案開標發生不正確結果、加重詐欺取財之犯行；⑶楊士弘、翁耀財有如事實欄一之㈢、㈣所載以借牌圍標之詐術使各該工程標案開標發生不正確結果之犯行，及楊士弘如何經由翁耀財穿梭其中，覓妥願支付浮編金額之廠商參與投標，向各標案得標廠商收取不法金額，楊士弘、翁耀財與各得標廠商為共同正犯之論證，並敘明本案各該工程標案雖有建築師事務所負責設計監造部分，惟實際上負責該部分事務者為翁耀財，如何無從為有利翁耀財、楊士弘之理由，亦已載述甚詳。且原判決理由欄甲、伍、四、㈡、8.之⑴業已載述翁耀財關於事實欄一之㈢所示工程之犯罪所得，尚應加計其處分不法利得即價值新臺幣（下同）6萬元沙發套組，及朱瑜蓁因施作「議會屋頂消音增設工程」而取得之不法利得及扣案筆記本，原判決亦於理由欄甲、伍、四、㈡之1.敘明如何計算犯罪所得金額及沒收之依據。又原判決認定楊士弘收受之犯罪所得金額，既經翁耀財、各得標廠商人員證述明確，並有卷附銀行帳戶交易明細、請款單、筆記本等證據以為佐證，自無再就楊士弘及其親友、楊士弘經營公司，或翁耀財及其親友之銀行帳戶調查有無異常資金流程，而為無益調查之必要，且共犯證人翁耀財、朱瑜蓁及證人松井宏彰均已明確供述事實欄一之㈠所示之「議會屋頂消音增設工程」，有浮編概算並交付不法所得予花蓮縣議會相關人士（翁耀財證稱為楊士弘）等情。凡此，概屬原審採證認事職權之適法行使，所為論斷說明，並不悖乎論理法則及經驗法則，亦非僅以翁耀財之自白為論罪唯一依據。要無楊士弘等3人、朱瑜蓁上訴意旨所指判決與主文矛盾、判決理由不備與矛盾、調查未盡或採證、沒收程序違法情形。又施用詐術之民事契約關係如何並不影響刑事犯罪事實之認定，亦無朱瑜蓁、徐暐超上訴意旨所指摘之違法。至於朱瑜蓁上訴意旨指摘其所涉借用他人名義投標，應係成立政府採購法第87條第4項之合意圍標罪，有適用法律錯誤乙節，查該罪之法定刑為6月以上5年以

下有期徒刑，得併科100 萬元以下罰金，而原判決認定其犯同條第3項之詐術圍標罪，法定刑5年以下有期徒刑，得併科100 萬元以下罰金，二者相較，前者之法定刑為重，核係對自己之不利益而提起上訴，顯與被告為自己利益請求救濟之上訴制度本旨相違，亦非合法。

五、刑事訴訟法第370條第1項固明定：「由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限。」所謂原審判決適用法條不當，凡變更第一審所引用之刑法法條者，不論刑法總則、分則或相關之特別刑法規定，皆包括在內。本件原判決認定楊士弘等3 人關於事實欄一、㈡之5.、6.部分，均係犯政府採購法第87條第3 項之妨害投標罪、刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同犯詐欺取財罪，依想像競合犯從一重論處刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同犯詐欺取財2 罪，因而撤銷第一審就前開事實分別論以政府採購法第87條第3項之妨害投標罪、修正前刑法第339條第1項之詐欺取財罪及政府採購法第87條第3項之妨害投標罪、刑法第339條第1項之詐欺取財罪，依想像競合犯從一重論處政府採購法第87條第3項之妨害投標2罪，足見第一審判決關於楊士弘前開2 犯行有適用法條錯誤之情形，原判決因予撤銷改判，依首揭說明，自不受不利益變更禁止原則之限制。又檢察官起訴書就前開犯行指楊士弘指示翁耀財將向花蓮縣議會牟取不法利得編入工程概算金額內，由翁耀財覓妥徐暐超配合以詐術圍標之不法方式取得工程標案後，楊士弘等3人如何有獲取不法利益之行為，第一審判決認楊士弘等3人此部分亦成立刑法第339條第1項之詐欺取財犯行，楊士弘已就此變更罪名為答辯。而民國103年6月18日公布增訂刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同犯詐欺罪，係將「三人以上共同犯之」列為詐欺之加重處罰事由，本質上仍為詐欺罪，倘行為人有3 人以上共同違犯普通詐欺罪，即已具備該款加重詐欺罪之構成要件，原審縱形式上未闡明告知楊士弘

有涉刑法第339條之4第1項第2款之罪名，但於審判過程中，已就楊士弘等3人涉嫌三人以上共同犯詐欺取財罪名之犯罪事實，為實質之調查，並就卷內相關卷證資料顯出於審判庭，命楊士弘表示意見，並使楊士弘有辯解之機會，而楊士弘始終否認本件犯行，其原審辯護人亦依此進行辯護，已知所防禦，對楊士弘防禦權之行使亦無任何妨礙，原審踐行之訴訟程序雖有微瑕，但顯然於判決無影響，楊士弘上訴意旨執此指摘，洵非適法。又刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同犯詐欺罪，立法理由係以多人共同行使詐術手段，易使被害人陷於錯誤，其主觀惡性較單一個人行使詐術為重，有加重處罰之必要，並非僅限於該罪須有集團性與組織化之要素，方有適用。原判決綜合全辯論意旨及調查證據所得，依法認定楊士弘等3人如事實欄一、㈡之5.、6.所載詐欺取財行為，該當刑法第339條之4條第1項第2款「三人以上共同犯之」之構成要件，因而論以楊士弘等3人該條款之罪，於法尚無不合。楊士弘上訴意旨主張該罪須具有集團性之要素，據以指摘原判決此部分論斷不當，同非適法之第三審上訴理由。

六、刑法上之詐欺取財罪，須行為人施用詐術之行為，使被害人陷於錯誤，而為財物交付，行為人或第三人因而取得財物，如足當之。因此，詐欺行為包含詐術、錯誤、交付、取得等犯罪流程，層層相因、環環相扣，每一環節，皆為構成詐欺犯罪之要件，直到行為人或第三人取得財物之結果，始達犯罪終了之階段，在此之前則屬未遂問題。而犯罪之實行，學理上有接續犯、繼續犯、集合犯、吸收犯、結合犯等實質上一罪之分類，因均僅給予一罪之刑罰評價，故其行為之時間認定，當自著手之初，持續至行為終了，並延伸至結果發生為止，倘上揭犯罪時間適逢法律修正，跨越新、舊法，而其中部分作為，或結果發生，已在新法施行之後，應即適用新規定，不生依刑法第2條比較新、舊法而為有利適用之問題。原判決理由欄甲、肆、一、㈠、2.之⑷業就楊士弘等3人

如事實欄一、㈡之5.所載加重詐欺取財犯行，敘明徐暐超經營之東燁公司依工程完工進度先後2次於103年5 月14日、同年9 月20日向花蓮縣議會申請撥付部分工程款，使花蓮縣議會承辦人員陷於錯誤，而於103年6月12日、同年11月3 日核撥工程款，依此認定楊士弘等3 人係基於單一詐欺犯意於密接時間內2次向同一被害人施用詐術，致同一被害人2次撥付款項，而屬接續犯，僅論以一罪，且最後取得工程款時已在新法施行之後，如何直接適用修正後刑法第339條之4第1 項第2 款規定，而無新、舊法比較適用之理由，載述甚詳，核無不合，要無楊士弘等3 人上訴意旨所指適用法令不當之違法。另楊士弘上訴意旨援引本院28年上字第2634號判例，係闡釋侵占之犯罪行為，於其易持有為所有時即已完成，如在舊法有效時期完成，嗣後仍霸占不還，乃犯罪結果存續之狀態，縱其狀態繼續延至新法施行之後，仍應為新舊、法比較，擇其有利於行為人之法律處斷。其與本件楊士弘等3 人先後2 次接續實行加重詐欺行為，跨越新、舊法有效時期，且最後取得財物之既遂結果，係在新法施行之後，迥然不同，本件要無違背上開判例之可言。

七、證人保護法第2 條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑。固為同法第14條第1 項所明定。惟符合該條項規定之要件，法律並非規定「免除其刑」，而係定為「減輕或免除其刑」，究係減輕其刑或免除其刑，法律賦予法院依個案具體情節，有審酌擇一適用之權，當事人不得以法院未適用免除其刑之規定，而據為上訴第三審之理由。又刑之量定，係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，乃事實審法院得依職權裁量之事項，故量刑判斷當否之準據，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。原判決已敘明如何不宜對翁耀財為免除其刑之宣告，復以行為

人之責任為基礎，具體審酌相關犯行情節及行為人屬性等量刑事由，量處如附表一編號一至九所示各有期徒刑，其量刑裁量權之行使，客觀上未逾越法定刑度，且無悖於公平、比例及罪刑相當等量刑原則，難認有逾越法律規定範圍，或濫用裁量權限之情事。即令原判決關於科刑理由之審酌，兼有對於違反政府採購法犯罪構成要件行為之描述，但在刑之量定，客觀上並未有因此發生量刑畸重之裁量權濫用，自不得僅摭拾判決書之部分用語文字，執以指摘原判決量刑違法。又是否宣告緩刑及適用刑法第59條酌減其刑與否，屬事實審法院依職權裁量事項，況原判決已於理由欄甲、伍之三及甲、肆、二之㈢分別說明不宜宣告緩刑及依前開規定減輕其刑之理由，尤無違法可言，自不得執為第三審上訴之理由，翁耀財上訴意旨執此指摘，亦非合法。至其他共同被告之量刑情形，因各人犯罪情節不一，無從比附援引，翁耀財、朱瑜蓁執原審對於其他犯罪情節輕重不同之共同被告所為量刑指摘原判決違誤，仍非適法之上訴理由。另刑法第47條第1 項規定累犯處罰「加重本刑至二分之一」，採「必加主義」。司法院釋字第775 號解釋，以其不分情節，一律須加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，不符罪刑相當原則、比例原則。於此範圍內，在刑法第47條第1 項修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院應斟酌個案情形，裁量是否依該規定加重最低本刑。衡以本件楊士弘累犯及危害情節非輕，並無上開情事，況原判決已說明本件楊士弘所犯如附表一編號二及三所示共2 罪，依累犯規定加重其刑，核無罪刑不相當之情形，既係合法行使其量刑裁量權，自難指原判決此部分有違反前述解釋意旨之違誤。楊士弘上訴意旨任憑己見，執此就原判決科刑裁量權之適法行使，任意指摘，同非合法之第三審上訴理由。

八、綜合前旨及其他上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，或對於事實審

法院取捨證據、自由判斷證據證明力與量刑之職權行使，徒以自己說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，與法律規定得為上訴第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件楊士弘等3人、朱瑜蓁此部分上訴違背法律上之程式，應予駁回。上開得上訴第三審部分之上訴，既因不合法而從程序上予以駁回，除楊士弘等3人如附表一編號五、六及徐暐超如附表一編號一部分外，其餘與之有裁判上一罪關係之詐欺取財（修正前刑法第339條第1項）部分，核屬刑事訴訟法第376條第1項第4款不得上訴第三審法院之罪，且未合於同條項但書例外得上訴第三審之要件，自無從為實體上審判，應併從程序上駁回。

貳、原判決關於楊士弘、翁耀財如附表一編號十及泰格公司部分：

查刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之案件，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判決者，不得上訴第三審法院。參諸該條項法文規定甚明。本件楊士弘、翁耀財所犯詐欺取財（即附表一編號十），及泰格公司違反政府採購法部分，經第一、二審均予論罪，核分屬刑事訴訟法第376條第1項第4款及同條項第1款之專科罰金案件。依前開說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，楊士弘、翁耀財、泰格公司猶提起上訴，顯為法所不許，此部分應予駁回。

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　　109　　年　　4　　月　　22　　日

最高法院刑事第四庭

審判長法官　吳　　燦

法官　李　英　勇

法官　朱　瑞　娟

法官　高　玉　舜

法官　何　信　慶

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　華　民　國　109　年　4　月　27　日