最高法院刑事判決

108年度台上字第4053號

上　訴　人　陳健楷
選任辯護人　吳淑芬律師
　　周思傑律師
　　林志忠律師
上　訴　人　劉延年
選任辯護人　李宣毅律師
　　莊家亨律師
上　訴　人　遠東鐵櫃鋼鐵廠股份有限公司
代　表　人　王蘇明霞
選任辯護人　涂榆政律師
　　黃聖棻律師
上　訴　人　建達國際股份有限公司
代　表　人　陳文琦

上列上訴人等因貪污等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國108 年8 月13日第二審判決（105 年度上訴字第1651、1652號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署102 年度偵字第22283 、24759 、25158 號，103 年度偵字第2478、2662號；追加起訴案號：同署102 年度偵字第15525 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於陳健楷有罪部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即上訴人陳健楷關於原判決事實欄〈下稱事實欄〉貳〈犯罪事實〉之四、五、十六）部分：

一、本件原判決認定陳健楷有其事實欄貳之四、五、十六所載之貪污犯行，因而撤銷第一審關於此部分所為之科刑判決，改判論其犯對於職務上之行為收受賄賂罪，累犯，處有期徒刑8年4 月，褫奪公權5 年；又犯對於違背職務之行為收受賄賂罪，累犯，處有期徒刑11年10月，褫奪公權6 年；又共同犯

對於職務上之行為收受賄賂，處有期徒刑8年2月，褫奪公權5年。並均諭知相關沒收，及定應執行有期徒刑13年6月，褫奪公權7年。固非無見。

二、惟查：

㈠、刑事訴訟法第156條第2項規定：被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查「其他必要之證據」，以察其是否與事實相符。其立法旨意在防範被告或共犯之自白與真實不符，故對自白在證據上之價值加以限制，明定須藉補強證據以擔保其真實性。上揭所稱「其他必要之證據」即所謂「補強證據」，係指除該自白本身之外，其他足以證明該自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言，雖所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因補強證據與自白之相互印證，足使犯罪事實獲得相當確信者，始足當之。故簡言之，「補強證據」即係補強自白之證據，以補強證據之存在限制合法自白在證據上之價值俾發現實質之真實。原則上應符合下述3要件，即：⑴、應具有證據能力。「證據」既具有作為嚴格證明資料之能力或資格，所謂「補強證據」自應具「證據能力」或稱「證據資格」，此亦經司法院釋字第582號解釋所闡明。相對地，與「彈劾證據」，主要用來彈劾證人的信用能力，目的在動搖證言的憑信性，減低證人在審判時證言之證明力，因非用於認定犯罪事實之基礎，可不受傳聞法則之拘束，自有不同。⑵、補強證據與自白間應不具同一性或重複性。否則僅屬與自白相同之證明力薄弱的「累積證據」，不具補強證據之適格。⑶、補強之範圍限定為與犯罪構成要件事實有關聯性，且對於待證事實認定具有實質價值。至是否具有上開關聯性或其實質價值如何，則須委由法院經過合法調查並評價後，始能認定該補強證據是否具有證明力以及其強弱。關於雙方對向行為之犯罪（對向犯），如毒品危害防制條例第17條第1項購買毒品者指證販毒者；公職人員選舉罷免法第111條第1項投票受賄者犯刑法第143條之罪自首或自白而指證賄選者；貪污治罪條例第

8 條之行賄者指證收賄者；槍砲彈藥刀械管制條例18條第 1 項供述全部槍砲之來源及去向者；或如證人保護法第14條第 1 項對於同法條第2 條所列刑事案件之有對向關係的被告或犯罪嫌疑人，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等。因均得獲減輕或免除其刑恩典，甚或得由檢察官為職權不起訴或緩起訴處分，不免作出損人利己之陳述，其證言本質上亦存在較大之虛偽危險性，故為擔保陳述內容之真實性，應認須有補強證據，足以證明所陳述之犯罪事實確具有相當程度真實性。再言，傳聞證據係源於英美法系採取陪審制度下之產物，並隨著制度發展，採直接審理主義及保障訴訟當事人對證人之反對詰問權，而確立傳聞法則及其例外之證據法則。我國刑事訴訟法第159 條第 1 項規定：被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。故為保障被告之反對詰問權，並符合直接審理主義之要求，若提出被告以外之人（含共同被告、共犯、證人、鑑定人、被害人）於審判外之言詞或書面陳述，作為證據以證明其所敘述之事項為真實者，該被告以外之人於審判外之陳述應屬於傳聞證據，除法律另有規定（例如：刑事訴訟法第159 條之1 至第159 條之5、第206 條、性侵害犯罪防治法第17條、兒童及少年性剝削防制條例第13條、人口販運防制法第27條及組織犯罪防制條例第12條中有關秘密證人筆錄等多種刑事訴訟特別規定）外，無證據能力，不得作為證據使用。是若被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，若不符合傳聞法則之例外，經認定並無證據能力者，自非刑事訴訟法第156 條第2 項所謂之「仍應調查其他必要之證據」，倘能以「補強證據」之形式擔保被告或共犯自白之真實性，則使刑事訴訟法有關傳聞法則及其例外之相關規定形同具文，自有悖於證據法則。本件原判決先於理由甲、壹、三（證據能力之說明，下同）、㈡內說明：關於原判決事實欄貳（犯罪事實，下同）五、㈠部分，原判決

固有引用共犯劉延年、林慧玉、蔡松谷、藍國維及已判決確定之共犯黃振溢於法務部調查局時之陳述（下稱調詢），然其引用之目的，不在於採用彼等調詢中之陳述作為認定陳健楷犯罪之直接證據，而在利用對照陳述人調詢、偵查陳述之不同（或一致性）或顯現之先後陳述之時間歷程來凸顯彼等事後於偵查中向檢察官陳述內容之可信性，因此即便在調詢中之陳述，不具證據能力，但係用以補強陳述人陳述之真實及可信性（見原判決第36頁第20行至第37頁第2 行）等語；又於理由甲、壹、三、㈡及㈣內敘明：原判決認定陳健楷等人犯罪之文書證據（包括通訊監察譯文、通聯紀錄及相關採購案卷內文書），關於事實十一部分黃振溢提出之行事曆，已經陳健楷及其原審辯護人爭執其證據能力，對於陳健楷而言，在證據評價上固為被告以外之人於審判外之書面陳述，即便無證據能力，但係用以補強、佐信共犯黃振溢陳述之真實及可信性，或補充其陳述不足部分（如交付賄賂之確切時間）（見原判決第37頁第3 至6 、10至14行）等語。顯係將其已認定不具證據能力之共犯劉延年等人於調詢時之陳述及共犯黃振溢之行事曆作為其等於偵、審時自白之補強證據。又依原判決理由甲、貳、五、㈠、⑵、②及⑦，暨甲、貳、十一、㈠、⑵、②至⑥之記載，僅先後臚列共犯劉延年、證人林慧玉、蔡松谷、藍國維、黃振溢分別於調詢及偵、審中之陳述，並全盤引用，暨與黃振溢提出行事曆內容相互比對，然就彼等於調詢及偵、審中之陳述究有何不同之處可增強其等事後陳述之可信度，或補充陳述不足等情，均未詳予說明，甚而認彼等前後於調詢及偵、審時所言「始終一貫，並無前後反覆矛盾之處」、「核與其在原審（指第一審）（民國）103 年6 月6 日交互詰問證述內容大致相同」、「並無相違之處」（見原判決第73頁第22行起至第85頁第20行、第93頁第25行起至第94頁第18行、第130 頁第11行起至第139 頁第26行）等語。則彼等於調詢時之陳述若與偵、審中之證言具有同一性或重複性，亦不具補強證據之資格，原審關於此部

分證據能力之認定，難謂無悖於證據法則並有判決理由矛盾之違法。

㈡、我國刑事訴訟法關於「傳聞證據能力之同意」規定於本法第159條之5，其主要理論基礎在於傳聞證據所以被排除，除認證人陳述因存有知覺、記憶、表達、真誠性等瑕疵危險，若再經由他人傳聞，則其供述之危險性更高，且無法以「具結」或「詰問」方式排除外，主要係為保障被告之對質詰問權。惟若當事人、代理人或辯護人（下稱當事人等）同意將傳聞證據作為證據使用，則可視為其等已放棄對質詰問權，則當事人等既均同意傳聞證據得作為證據，可認該傳聞證據可信度很高，故容許作為證據。換言之，本條規定之傳聞法則例外，乃基於當事人進行主義中之處分精神，藉由當事人等「同意」之此一處分訴訟行為與法院之介入審查其適當性要件，將原不得為證據之傳聞證據，賦予其證據能力。本乎程序之明確性，其第1項經當事人等於審判程序同意作為證據者，當係指當事人等意思表示無瑕疵可指之明示同意而言，以別於第2項之當事人等「知而不為異議」之默示擬制同意。至能否「撤回同意」，本條並無規定，僅於司法院頒布之「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」（下稱「應行注意事項」）第93點說明：「……基於訴訟程序安定性、確實性之要求，若當事人已於準備程序或審判期日明示同意以被告以外之人於審判外之陳述作為證據，而其意思表示又無瑕疵者，不宜准許當事人撤回同意：但其撤回符合下列情形時，則不在此限：⑴、尚未進行該證據之調查。⑵、他造當事人未提出異議。⑶、法院認為適當。至於當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，卻未於言詞辯論終結前聲明異議者，亦視為有將被告以外之人於審判外之陳述作為證據之同意。為避免發生爭執，法院得在審判前之準備程序，將此擬制同意之法律效果告知當事人，促其注意。」故原則上，當事人等已明示同意作為證據之傳聞證據，並經法院審查其具備適當

性之要件者，若已就該證據實施調查程序，即無許當事人等再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。至默示擬制同意之效力，純因當事人等之消極緘默而為法律上之擬制所取得，並非本於當事人等之積極處分而使其效力恆定，原則上應容許當事人等於言詞辯論終結前，甚或於第二審及更審程序中對其證據能力再為爭執追復，且法院於必要時須介入使當事人等了解擬制同意可能產生的法律效果。相對地，若當事人等已先於準備程序以言詞或書狀之方式反對傳聞證據具有證據能力，而後於審判期日表示「同意」該傳聞證據得作為證據，或表示「不爭執」或「無意見」時，此亦屬一種法安定性之違反。此時對於當事人等特別是被告，可能會陷入不利之情境並影響其訴訟防禦權，進而妨礙其受公平審判之權利。基於現代刑事司法的基本理念係透過程序的正義，以實現實體的正義，本法第2 條第1 項亦明定：實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。故解釋上，在前述當事人等就特定傳聞證據原有異議而改採「同意」時，法院應比照前述「應行注意事項」精神行使闡明權，於確認當事人等同意係出於真意並無瑕疵，且認為適當時，自可認當事人等已放棄對原陳述人之反對詰問權，同意該等傳聞證據可作為證據。然若係當事人等已對傳聞證據表明不具有證據能力，事後卻又表示「不爭執」或「無意見」時，因本法第159條之5 第2項關於「擬制同意」之規定，係以當事人等從來均無異議為前提，兩者為相斥之概念，此時宜由法院確認當事人等「不爭執」或「無意見」之傳聞證據，有無混淆同一或其他人之陳述或書面？是否即為原已表明異議之該特定傳聞證據？又其「不爭執」或「無意見」，是針對「證據能力」抑或「證明力」所為？倘能確定當事人等針對先前表示異議之特定傳聞證據意見確已動搖，有改採同意意願，自應由法院勸諭或闡明當事人等改循上述以「同意」方式確定該傳聞證據有證據能力，否則除非另有符合本法第159 條第1 項「除法律有特別

規定外」及第159條之1至159條之4等傳聞法則例外之情形外，對於當事人等原已表明異議不認有證據能力之傳聞證據，不能以其等事後曾表示「不爭執」或「無意見」時，逕認符合本法第159條之5第2項「擬制同意」之規定認具有證據能力。本件陳健楷及其第一審辯護人於第一審時就包括事實欄貳之四（即起訴犯罪事實七；第一審判決犯罪事實五）、五（即起訴犯罪事實八；第一審判決犯罪事實六）之所有相關證人之供述證據，均爭執無證據能力（見第一審卷㈢第51頁反面、第67、68頁）；又對於事實欄貳之十六部分（即追加起訴事實；第一審判決犯罪事實十六部分）之相關證人陳述之證據能力，陳健楷及其第一審辯護人雖表示「沒有意見」（見第一審卷㈣第152頁反面），惟於原審時陳健楷及其原審辯護人則認相關證人調詢部分屬審判外之陳述，不得作為證據（見原審卷㈡第147、163頁）。然原判決於理由甲、壹、三、㈠至㈣內雖對事實欄貳之四之證人廖明珊、廖振達、劉延年、張百福；事實欄貳之五之證人劉延年、蔡俊鋒、劉延德、谷軒中、林峰輝；事實欄貳之十六之證人黃振溢、蔡松谷、藍國維等人於檢察官偵查時之陳述說明如何應具有證據能力，暨就如上述㈠所述事實欄貳之五中證人劉延年、林慧玉，與事實欄貳之十六中之證人蔡松谷、藍國維、黃振溢於調詢時之供述及黃振溢提出之行事曆等傳聞證據，雖認不具證據能力，但得作為其等於偵、審時陳述之補強證據等情予以說明外。惟對於陳健楷及其第一審辯護人所爭執包括事實欄貳之四中之證人黃國棟、郭芳雀於偵查中陳述（見原判決第65頁第28、29行）、事實欄貳之五中之證人張百福於調詢及偵查中之陳述（見原判決第89頁第21行至第90頁第7行）、林慧玉於偵查中之陳述（見原判決第94頁第8至17行）、事實欄貳之十六中之證人劉嘉政於調詢時之陳述（見原判決第140頁第18至22行），何以符合傳聞法則之例外而具有證據能力等情未置一詞說明。且對於陳健楷之原審辯護人於原審108年3月12日審判期日曾就證人蔡松谷、藍國維於調詢

及偵查中之陳述所稱「證據能力無意見」（見原審卷㈧第79頁），顯與之前明確表示並無證據能力等語相矛盾時，未依本法第2條第1項規定善為闡明以釐清其等本意，遽於判決理由甲、壹、三、㈠內說明陳健楷對於前揭部分證人黃國棟等人之陳述或關於證據能力均未於第一審及原審時爭執或未表示意見（見原判決第34頁第14至16行），即擬制皆有證據能力云云，亦有違證據法則。

㈡、貪污治罪條例第4條第1項第3款之經辦公用工程收取回扣罪，重在保障公用工程之品質，特別明文嚴禁公務員就經辦之公用工程收取回扣，以免廠商偷工減料降低工程品質，確實維護大眾之公共安全，對於公務員就應給付之公用工程建築材料費或工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分而收取之，因客觀上對承作廠商有相當不利之影響，雖經交付回扣之人同意，其情節亦較一般收受賄賂為重，乃列為公務員特別重大之貪污行為，不論公務員有無違背職務之行為，均應課以該罪刑，係同條例第4條第1項第5款違背職務收受賄賂罪、第5條第1項第3款不違背職務收受賄賂罪之特別規定，自應優先適用。則「回扣」與「賄賂」，雖均屬對公務員之不法原因給付，但兩者之含義、態樣仍有不同。其最大的區別是：「回扣」是取自於公共工程或採辦公共用品的價款之中，而賄賂則並無此限制；又「回扣」通常為財物，「賄賂」則包括財物與不正利益；再關於交付之時點，「賄賂」之交付並無時間限制，於事前或事後交付均可，相對於「回扣」收取之時點，原則上固可區分為：⑴、得標後給付全額；⑵、在得標後先給予部分金額，待取得款項後另行交付剩餘金額；⑶、取得價款後全額給付。惟若公務員與特定廠商合意將標案透過圍標、綁標等方式交由該特定廠商得標，在雙方安排妥當，便可力排其他欲同為競爭廠商，並由該廠商已事先依照得標金額之一定比例以其他方式籌措金錢而為給付，此時縱使收取金錢之時點是在未開標或發包前，此特殊「預付」之方式亦無礙於收取回扣罪之成立，否則若

僅能構成關於職務或違背職務收受賄賂罪，無異形成處罰漏洞，有礙將收取回扣罪定位為賄賂罪的特別規定之意旨。本件依事實欄貳之五之記載，陳健楷明知依政府採購法第87條第5項規定，不得借牌投標；依同法第34條，機關辦理採購，其招標文件於公告前應予保密；依政府採購法施行細則第38條之規定，機關辦理採購時，提供規劃、設計服務之廠商不得參加投標；暨關於此部分工程如依政府採購法第52條第1項第3款規定採最有利標決標，依「採購評選委員會組織準則」第2條第2款，機關應成立採購評選委員會，且依同準則第4條之1，機關遴選採購評選委員會委員，不得有接受請託或關說、為特定廠商利益而為遴選。竟基於包庇上訴人劉延年借牌投標，並身兼實質規劃設計、施作廠商雙重身分而使規劃設計內容形同事先外洩，及由劉延年指定評選委員等違背職務之行為，要求劉延年必須支付工程金額40％之賄賂，且其中20％「前金」需於招標前先行給付，嗣由劉延年以向上訴人遠東鐵櫃鋼鐵廠股份有限公司（下稱遠東鐵櫃公司）墊支方式籌得新臺幣（下同）1,200萬元作為交付陳健楷之前金。劉延年先將「前金」800餘萬元交付予陳健楷，並自行計算尚應給付陳健楷之「後謝」約1,388萬元（即總工程款6,472萬元x 40％－1,200萬元＝1,388萬元），扣除自己彙算陳健楷尚積欠其約1,000萬元，認僅須再給付陳健楷400萬元，乃與陳健楷約再將400萬元現金交予陳健楷。而後劉延年為能順利取得本件工程，經由蔡俊鋒居間介紹陳明良建築師（已歿），由劉延年指示陳明良建築師前往投標本工程前之「委託規劃、設計、監造」標，劉延年並同步告知陳健楷，陳明良係與其配合之建築師。陳明良建築師得標後，劉延年即製作對其有利，一般廠商難以在等標期間備齊之相關圖說、規格等需求事項，交由陳明良建築師納入招標規範文件報請臺中市議會審查通過，據以辦理採購招標，因而造成不公平之競爭。陳健楷為協助劉延年順利得標本件工程，而違遴選採購評選委員會委員應遵循之職務規範，自行

由行政院公共工程委員會網站下載之資訊類評選委員名單交予劉延年閱覽，並要求劉延年從中提供人選供其遴選為外聘委員，俾使劉延年規劃借牌之遠東鐵櫃公司得以順利以6,472萬元得標。並由劉延年於領得工程款後陸續將先前所借得之1,200萬元歸還遠東鐵櫃公司（見原判決第17頁第13行起第21頁第8行、第22頁第27行起至第28頁第12行）等情。倘若無訛，陳健楷於劉延年借牌之遠東鐵櫃公司透過綁標而得標前，即依與劉延年之約定收取劉延年向遠東鐵櫃公司預先墊支本件工程款中一定比率之款項，其行為似非不得成立收受回扣罪，惟原審未詳予釐清，僅於判決理由甲、貳、五、㈠、⑵、①內引用本院100年度台上字第3924號判決說明：「貪污治罪條例第4條第1項第3款所稱經辦公用工程收取回扣罪，乃一般受賄罪之特別規定。而所謂回扣，係指公務員與對方期約，將應付給之工程價款中，提取一定比率或扣取其中一部分，圖為不法所有，或期約一定比率或數額之財物而收取者，均屬之。如對於公務員職務之行為或違背職務之行為，給付具有一定對價關係之金錢或可以金錢計算之財物等不法報酬，則應屬賄賂。是『回扣』與『賄賂』，雖均屬對公務員之不法原因為給付，但其行為態樣及涵義既各有不同，自不宜混淆。苟公務員對於職務上行為收受之財物或其他不正利益，與公務員職務範圍內踐履賄求之特定行為（違背其職務或為其職務上之行為）有對價關係，亦即交付財物或其他不正利益之人，其目的係以公務員踐履或消極不執行某特定職務上之行為以為回報，而公務員主觀上亦有收受該財物或其他不正利益後踐履或消極不執行某特定職務上行為以資報償之意思，實乃對於職務上或違背其職務之行為收受賄賂，自不能拘泥於相關人員之用語，遽論以收取回扣罪……。從而，以下被告劉延年、證人劉延德、蔡俊鋒、谷軒中等人於調詢及偵查中所為下列交付被告陳健楷款項之供、證述，雖均稱之為『回扣』，純屬一般人對於工程標案交予公務員不法金錢之慣習用語，不影響本院認定該款項之性質

及法律適用，合先敘明。」（見原判決第72頁第29行起至第73頁第21行）等語後，即直接於理由參、五內論陳健楷應成立貪污治罪條例第4條第1項第5款之對於違背職務之行為收受賄賂罪（見原判決第146頁第24至26行），既已注意陳健楷與劉延年主觀上係對本件工程約定並收受回扣，卻對於陳健楷此部分行為何以不能成立收受回扣罪均未說明，徒認僅成立上開違背職務收受賄賂罪，難謂無判決理由不備之違法。

㈣、貪污治罪條例所規定之「賄賂」，係指對於公務員關於職務或違背職務行為，所給付具有一定對價關係之金錢或可以金錢計算之財物等不法報酬而言，申言之，其範圍除包括金錢或其他有形且具客觀交易價值物品之積極財產上給付外，尚及於抽象而可以金錢計算之債務，即消極財產之免除，亦屬之。又依刑法第38條之1第1、4項規定，犯罪所得，除有特別規定外，屬於犯罪行為人者，沒收之。其犯罪所得，包括違法行為所得、其變得之物或財產上利益及其孳息。此由本條第4項增訂理由說明：現行犯罪所得之物（指104年12月30日修正前），若限於有體物，因範圍過窄，而無法剝奪犯罪所得以遏止犯罪誘因。爰參照德國刑法第73條第2項、日本刑法第19條第1項第4款、日本組織犯罪處罰法第2條第3項、日本麻藥特例法第2條第4項，增訂本條第4項，明定犯罪所得包括其違法行為所得、其變得之物、財產上利益及其孳息均為沒收範圍。另本法所指財產上利益，包括積極利益及消極利益，積極利益如：占用他人房屋之使用利益、性招待利益等，變得之孳息則指利息、租金收入；消極利益如：法定應建置設備而未建置所減省之費用等語益明。是本件縱認陳健楷關於事實欄貳之五之犯行成立違背職務收受賄賂罪，惟依原判決上述事實欄貳之五之說明，陳健楷原本要求劉延年必須支付本件工程款40％之賄賂（見原判決第17頁第26、27行），劉延年於取得遠東鐵櫃公司墊付之1,200萬元賄賂後，除先交付「前金」現金800餘萬元外，劉延年

自行計算尚應給付陳健楷之賄賂「後謝」約1,388萬元，扣除自己彙算陳健楷尚積欠其約1,000萬元，認僅須再給付陳健楷400萬元，後僅再交付陳健楷現金400萬元（見原判決第19頁第9至25行）等情，並於原判決理由丁、貳（撤銷改判部分）、三（沒收）、㈧（即事實貳之五）、1內說明：陳健楷向劉延年收受賄賂之金額，依劉延年之供述為1,200餘萬元，未扣案，且無法證明該「餘」數究竟為何，基於有疑唯利於被告原則，故以整數1,200萬元計算之，並依刑法第38條之1第1項、第3項規定宣告沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額（見原判決第371頁第11至16行）等語。然對於劉延年原本支付陳健楷「後謝」被免除債務部分之約1,000萬元，究否為賄賂？其性質為財產上之利益與否？何以不得沒收？均未說明或交代，亦有判決事實與理由矛盾並理由不備之違法。

㈤、數罪併罰，應分別宣告其罪之刑，並依刑法第51條各款規定，定其應執行之刑；此所稱其罪之「刑」，不僅指主刑而言，褫奪公權之從刑亦包括在內，此觀同條第8款規定：宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之即明。原判決關於陳健楷所犯前揭貪污3罪，分別依貪污治罪條例第17條規定宣告褫奪公權5年（2罪）、6年（1罪），其最長期之褫奪公權為6年，乃竟定執行褫奪公權7年，自屬違法。

㈥、以上或為陳健楷上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，應認原判決關於陳健楷有罪部分均有撤銷發回更審之原因。又對於：⑴、原判決事實欄壹之一部分敘述：「陳健楷曾任臺中縣（現改制為臺中市）第13屆、第14屆縣議員，自91年4月1日起，由時任臺中縣議會議長張清堂延攬擔任臺中縣議會『機要秘書』，依臺中縣議會組織自治條例，承議長之命，處理臺中縣議會事務，指揮監督所屬員工，並由張清堂授權保管議長職章（乙章），核決議會公務事項」（見原判決第9頁第22至26行）與理由貳、四、㈠、⑵內說明：「陳健楷時任臺中市議會『秘書長』，依臺中市議會組織

自治條例第27條規定，承議長之命，處理臺中市議會事務，並監督所屬員工，迄議長張清堂因案於101 年12月22日入監服刑前，由議長張清堂授權陳健楷保管議長甲章核決議會事務等情，為依法令服務地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員乙節，為陳健楷所不爭執」（見原判決第61頁第16至21行）等語。則陳健楷於案發時之身分究為臺中縣（或市）議會之「機要秘書」或「秘書長」？依當時有效之臺中縣（或市）議會組織自治條例，究係何種身分之人始有承議長之命，處理臺中縣（或市）議會事務，指揮監督所屬員工等情？㈡、關於事實欄貳之十六部分，原判決一方面認陳健楷屬修正後刑法第10條第2 項第1 款所定之身分公務員（見原判決第129 頁第28行），另於說明刑法及貪污治罪條例關於公務員定義於陳健楷本件行為後既經修正，無論依修正前或修正後該條例第2 條及刑法第10條第2 項之規定，陳健楷為公務員，故適用其行為時即修正前該條例第2 條、刑法第10條第2 項之規定，對其並無不利之情形（見原判決第142 頁第25至29行）等語，則陳健楷究竟適用新或舊法關於公務員之定義，其說明仍有不明。案經發回，請一併釐清，併此敘明。

貳、上訴駁回（即劉延年、遠東鐵櫃公司及上訴人建達國際股份有限公司〈下稱建達公司〉）：

一、關於劉延年對於違背職務（事實欄貳之五）之行為交付賄賂部分：

㈠、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，均應認其上訴為不合法律上之程式，予以駁回。本件原判決認定劉延年有其事實欄貳之五對於違背職務之行為交付賄賂犯行，因而撤銷第

一審關於此部分之科刑判決，改判其犯對於公務員關於違背職務之行為交付賄賂罪，經依貪污治罪條例第11條第5項後段、證人保護法第14條第1項規定遞予減輕其刑後，處有期徒刑1年4月，褫奪公權2年。已詳細敘述其所憑之證據及認定之理由。所為論斷，俱有卷存證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無採證認事違背經驗法則、論理法則，亦無量刑職權之行使有濫用，或其他違背法令之情形。

㈡、上訴意旨乃謂：㈠、原判決既依貪污治罪條例第11條第5項後段及證人保護法第14條第1項規定遞予減輕劉延年之刑期，因上開規定均有免除其刑之規定，依刑法第66條但書規定，得減輕其刑至三分之二，則經遞予減輕其刑後，原審自應於有期徒刑40日以上、9月又10日以下範圍內予以科刑。乃原審竟判處如前之刑期，並未就本罪應如何遞減適用及其範圍詳予論述說明，自有判決不適用法則及理由不備之違法。㈡、原判決僅憑劉延年唯一之自白，別無其他補強證據，即認定其成立本罪，且未就其如何與建築師陳明良協議將特殊規格納入本件招標規範等情予以敘明，亦有判決理由不備並違反證據法則之違誤等語。

㈢、惟查：⑴、有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二，刑法第66條固有明文規定。惟所謂減輕其刑至二分之一或三分之二者，係指就法定本刑減刑之最高度以二分之一或三分之一為限，然究應減幾分之幾，裁判時本有自由裁量之權。劉延年所犯上開條例第11條第4項、第1項對於違背職務之行為交付賄賂罪，其法定本刑為1年以上7年以下有期徒刑，得併科300萬元以下罰金。原判決於理由甲、參、五、㈡、⑹內說明：劉延年所犯不具公務員身分之人對於公務員違背職務之行為交付賄賂罪部分，其偵查及審判中均自白犯行，應依上開條例第11條第5項後段規定減輕其刑，並因合於證人保護法第14條第1項規定，爰併依該條項規定，遞減輕其刑（見原判決第148頁第10至15行）。已就劉延年所犯

上開之罪應如何依法遞予減輕其刑詳為說明，縱未說明其減刑幅度若干，為何未減至最高限度三分之二，核屬原審量刑職權之適法行使，自不得指為違法。⑵、被告或共犯之自白固不得作為認定犯罪之唯一證據，而須以補強證據證明其確與事實相符，然茲所謂之補強證據，並非以證明犯罪構成要件之全部事實為必要，倘其得以佐證自白之犯罪非屬虛構，能予保障所自白事實之真實性，即已充分。又得據以佐證者，雖非直接可以推斷該被告之實行犯罪，但以此項證據與被告之自白為綜合判斷，若足以認定犯罪事實者，仍不得謂其非屬補強證據。本件原審依據劉延年於偵、審時之自白，認與證人蔡俊鋒、劉延德、谷軒中、張百福、林慧玉證述情節大致相符，並佐以劉延年與證人谷軒中之行動電話通訊監察譯文、華映科技有限公司簽發之1,200 萬元支票及借據、遠東鐵櫃公司借支單影本、本件工程標案採購全卷等證據資料，作為補強證據（見原判決第96頁第20至27行），認上開補強證據已足以佐證劉延年自白之真實性，因而認定其成立上開犯罪。所為論斷，核無違反經驗法則、論理法則，亦無任意推定犯罪事實、違背證據法則、判決理由不備之違誤。縱原判決未就劉延年如何指示已歿之建築師陳明良依其提出之規格納入招標規範文件等情詳為論述，但與劉延年之自白及前揭證據資料綜合判斷互相契合，已足以認定劉延年此部分之犯罪事實。上訴意旨執以指摘原判決有判決理由不備及違反證據法則之違法云云，自非合法上訴第三審之理由。其關於對於違背職務之行為交付賄賂部分之上訴不合法律上之程式，應予駁回。

二、關於劉延年不違背職務（事實欄貳之四）之行為交付賄賂及違反商業會計法之填製不實會計憑證（事實欄貳之五）部分：

㈠、按上訴得對於判決之一部為之，未聲明為一部者，視為全部上訴，刑事訴訟法第348 條第1 項定有明文。劉延年對原判決不服，提起上訴，未聲明為一部上訴，依前開規定，應視

為全部上訴，合先敘明。

㈡、刑事訴訟法第376條第1項各款所列之案件，經第二審判決者，除有同項但書之情形外，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。本件劉延年所犯不違背職務之行為交付賄賂罪部分，原審係撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判仍依貪污治罪條例第11條第4項、第2項規定論處罪刑，屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件，既經第二審判決，又無同項但書規定之情形，自不得上訴於第三審法院。劉延年就此一併提起上訴，為法所不許，應併予駁回。

㈢、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。劉延年不服原判決維持第一審論處其犯商業會計法第71條第1款（原判決誤載為第71條第1項第1款）之填製不實會計憑證罪刑部分，於108年8月26日提起上訴，並分別於同年9月5日、10月4日補提「刑事上訴理由狀」及「刑事上訴理由㈡狀」，惟就此並未敘述理由（至其雖另於同年11月15日再提出「刑事陳述意見狀」，然核其意旨係認所犯違反府採購法之借牌投標罪部分，雖係不得上訴第三審之案件，並經原審於108年10月7日裁定駁回其第三審上訴，但仍宜經本院判決後，始能送能執行云云，同未對所犯填製不實會計憑證罪部分敘明上訴理由），迄今逾期已久，於本院未判決前仍未提出，依上開規定，此部分上訴自非合法，應予駁回。

三、關於遠東鐵櫃公司、建達公司（下稱遠東鐵櫃公司等2公司）部分：

㈠、按最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，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，為刑事訴訟法第376條第1項第1款所明定。本件原判決因沒收新制實施，第一審未及對遠

東鐵櫃公司等2 公司之犯罪所得宣告沒收，因而撤銷第一審關於對遠東鐵櫃公司等2 公司之科罰金判決，仍依政府採購法第92條規定，以遠東鐵櫃公司之代表人及受雇人，因執行業務犯同法第87條第5 項後段之罪，科罰金35萬元（見原判決附表二編號8 ）；另建達公司之受雇人，因執行業務犯同第87條第5 項後段之罪，科罰金40萬元（見原判決附表二編號9 ）。並均諭知相關沒收。另維持第一審對於建達公司依政府採購法第92條規定，以該公司之受雇人，因執行業務犯同法第87條第5 項後段之罪，科罰金10萬元之部分判決，駁回其就此在第二審之上訴（見原判決附表二編號10）。並就建達公司撤銷改判及駁回上訴部分定應執行罰金45萬元。按政府採購法第92條規定：廠商之代表人、代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務犯本法之罪者，除依該條規定處罰其行為人外，對該廠商亦科以該條之罰金。則對於法人既僅能科以罰金，即屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款所謂之專科罰金之罪，此部分既經原審維持第一審科罰金判決或撤銷第一審判決並自為前述科罰金之判決，自不得上訴第三審法院。

㈡、遠東鐵櫃公司上訴意旨雖援引司法院釋字第752 號解釋及刑事訴訟法第376 條、第455 條之27號規定意旨，認受沒收判決之人有權對於沒收之判決提起上訴，且有關沒收判決之上訴效力係與本案判決之上訴效力分開，則其於第一審既未遭沒收部分之判決，於原審始被宣告沒收，若未能就其沒收部分給予至少1 次上訴救濟之機會，與憲法第16條保障人民訴訟權利之意旨有違，故認其得就沒收部分提起第三審上訴，並請求本院召開大法庭審理以統一見解等語。惟查：

⑴、憲法第16條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。人民訴請法院救濟之權利固為訴訟權保障之核心內容，不容任意剝奪，惟訴訟救濟究應循何種訴訟程序或其審級制度，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質、種類、訴訟政策目的及既有訴訟制度之功

能等而為合理正當設計。法律於符合憲法第23條對於基本人權保障意旨之範圍內，自得對於人民訴訟權之實施為合理之限制（參見司法院釋字第396、442、512、574、639、665、752號解釋意旨及理由）。刑事訴訟制度上對於當事人上訴第三審設有限制，有出於防止濫行興訟（如刑事訴訟法第382條規定上訴書狀必須敘明理由）、有旨在合理利用訴訟程序（如同法第377至379條僅能以裁判違背法令作為上訴第三審之理由）、有係避免虛耗國家有限之司法資源（如同法第376條對於得上訴第三審刑度或種類設有限制），或為保障人民有受公正、合法、迅速審判之權，避免飽受訴訟之累（如刑事妥速審判法第8、9條對於檢察官上訴第三審之限制）。司法院釋字第752號解釋固對於修正前刑事訴訟法第376條第1、2款規定之案件，認經第二審撤銷第一審無罪判決並自為有罪判決，若被告不得上訴於第三審法院，未能提供至少1次上訴救濟之機會，認與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違。故106年11月16日經立法院修正而總統公布之現行刑事訴訟法第376條第1項已本此解釋意旨規定：有同條項第1至7款之各罪案件經第二審判決者，不得上訴於第三審法院。但第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，經第二審法院撤銷並諭知有罪之判決者，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴。惟未就所有不論於形式或實質上第二審撤銷改判較不利於第一審之判決，均賦予再1次之救濟機會（如第一審判決有罪，第二審亦判決有罪但加重其刑；或第一審未及依沒收新制沒收，而第二審諭知相關沒收等），應認已經立法機關充分衡量各項因素，以裁量而為之審級限制設計。況刑法上沒收新制將沒收性質變革為刑罰及保安處分以外之獨立法律效果，已非刑罰（從刑），但其仍以犯罪（違法）行為之存在為前提，而依刑事訴訟法第309條第1款規定，有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，並分別記載諭知之沒收，可徵刑事被告本案之沒收與其所犯之罪名，具有一定之依附關係。且刑事訴

訟關於被告部分，併就本案確認刑罰之有無、範圍與沒收部分同時審理，程序上並無區隔，案內關係應予沒收財產之諭知與罪刑之宣告，在程序既主體同一，俱以被告之犯罪行為存在為前提，即非彼此完全分離之訴訟關係，從而第二審法院所為刑事被告本案沒收之判決得否上訴，端視該本案罪刑部分是否為得上訴於第三審法院而定。尤以刑法第38條之1第1項新增犯罪所得應沒收規定，依其立法理由係謂：「為避免被告因犯罪而坐享犯罪所得，顯失公平正義，而無法預防犯罪，現行法（指修正前）第38條第1項第3款及第3項對屬於犯罪行為人之犯罪所得僅規定得沒收，難以遏阻犯罪誘因，而無法杜絕犯罪，亦與任何人都不得保有犯罪所得之原則有悖，爰參考前揭反貪腐公約及德國刑法第73條規定，將屬於犯罪行為人所有之犯罪所得，修正為應沒收之」。且刑法第2條第2項亦同步修正將沒收適用裁判時之法律，即認沒收無關禁止溯及既往原則，故即使被告於行為時關於犯罪所得並無義務沒收之規定，於裁判時仍應適用沒收新法。再為貫徹任何人都不得保有犯罪所得之原則，以根絕犯罪誘因之目的，縱於僅被告上訴或為被告之利益而上訴，下級審就被告犯罪所得有所短計或漏算時，仍允許上級審於更正計算後，諭知較下級審為多之所得數額沒收，即修正後刑法關於犯罪所得之沒收，並無刑事訴訟法第370條第1、2項關於不利益變更禁止原則之適用。在在顯示修正後沒收新制係為徹底剝奪犯罪所得，以根絕犯罪誘因，與司法院釋字第752號解釋及現行刑事訴訟法第376條之修正，為使被告於初次受有罪判決後即告確定，而無法依通常程序請求上訴審法院審查，故給予1次尋求救濟之機會意旨，各有不同的目的及使命。至刑事訴訟法第455條之27第1項規定：「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決；對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決」，惟該規定係植株於「沒收特別程序」專篇，並非規定於原有附隨於刑事本案沒收被告財產之一般沒收程序，且依其立法理由說明

：「被告違法行為存在，為沒收參與人財產前提要件之一。為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於被告違法行為之判決，於上訴後，經上訴審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上之矛盾，非但有損裁判公信力，且滋生沒收裁判之執行上困擾，故對本案關於違法行為或沒收之裁判上訴者，其效力應及於相關之沒收部分。反之，沒收係附隨於被告違法行為存在之法律效果，而非認定違法行為之前提，若當事人就本案認定結果已無不服，為避免因『沒收參與程序部分』之程序延滯所生不利益，僅就『參與人』財產沒收事項之判決提起上訴者，其效力自不及於本案之判決部分。爰參考日本應急對策法第8 條第1 項之立法例，增訂本條第1 項前段規定；並增訂本條第1項後段規定，以杜爭議。」等旨，顯見該條第1項後段所謂：「對於沒收之判決提起上訴者，其效力不及於本案判決」者，係為避免因第三人參與沒收程序部分之程序延滯所生不利益，乃明定僅就參與人財產沒收事項之判決提起上訴者，其效力不及於本案之判決部分，並非指對於本案被告財產沒收事項之判決提起上訴者，其效力亦不及於本案之判決部分，自不得比附援引。如前所述，本件原判決係因沒收新制實施，第一審未及對遠東鐵櫃公司等2 公司之犯罪所得宣告沒收，因而適用裁判時之法律，諭知沒收遠東鐵櫃公司等2 公司之犯罪所得，非第一審認定並無犯罪所得而不予宣告沒收。則其等本案部分既屬刑事訴訟法第376 條第1 項第1 款之案件，且經第一、二審均論罪，其等本案罪刑部分自不得上訴於第三審法院，縱原審法院初次對遠東鐵櫃公司等2 公司之犯罪所得宣告沒收，其等沒收部分亦不得單獨上訴於第三審法院。

㈡、最高法院為民事訴訟、刑事訴訟之終審機關，所為之裁判有確保法律適用一致及促進法律續造之作用，如民事庭、刑事庭就相同事實所生法律爭議見解歧異，將影響法院裁判之安定性及可預測性，使下級審法院及人民無所適從；另就具有原則重要性之法律問題，縱使尚未出現見解歧異之裁判，亦

賦予最高法院及涉及該問題之首見裁判做成前有統一見解之機會。為此，我國司法院於107 年3 月27日提出法院組織法部分修正草案，嗣於108 年1 月4 日經總統公布刪除該法原57條之規定，並增訂第51條之1 至11、第57條之1 等條文，仿德國立法例增設最高法院大法庭制度，並於同年0 月0 日生效施行。依本法第51條之2 、第51條之3 之規定，最高法院民事、刑事各庭審理案件，經評議後認採為裁判基礎之法律見解，與先前裁判之法律見解歧異，或經評議後認採為裁判基礎之法律見解具有促使法律續造之價值，或因屬新興、重大且普遍性之法律問題，乃有即時、預為統一見解之必要性之原則重要性者，得經一定程序，提案予民事大法庭、刑事大法庭裁判。又依「最高法院辦理大法庭案件應行注意事項」（下稱「應行注意事項」）第5 點規定：本法第51條之2 第1 項所稱「歧異」，包括先前裁判已有複數紛歧見解之積極歧異，及擬與無紛歧之先前裁判為不同見解裁判之潛在歧異。是最高法院民事、刑事各庭審理案件，經評議後認採為裁判基礎之法律見解，得提案予民事大法庭、刑事大法庭裁判者，分有「積極歧異」、「潛在歧異」及「具有原則重要性」3 種，其各自畛域分明，此由「應行注意事項」第20點明定：「各庭對於原則重要性提案是否提出，得行合義務性之裁量。但該法律爭議，如同時具備歧異提案之要件，應依本法第51條之2 規定向大法庭提案。」等語，已明定原則重要性提案與歧異提案競合時，應依歧異提案程序處理，暨第21點規定：「各庭向大法庭為原則重要性提案前，無庸進行本法第51條之2 第2 項之徵詢。但認有徵詢其他各庭意見之必要者，仍得為之（下略）」認最高法院民事、刑事各庭對原則重要性提案之法律爭議，僅於必要時得行徵詢程序即明。換言之，所謂「具有原則重要性」提案與「歧異」提案居於同等地位，不是「歧異」提案之概括、後補或備位性質，則所欲提案之法律見解究竟屬「歧異」或「具有原則重要性」自應於提出時予以說明，不能以所欲提案之法律見解如

不符合「歧異」提案要件，即請依「具有原則重要性」提案處理。又合議庭採為裁判基礎之法律見解是否有歧異，依「應行注意事項」第6點、第7點規定，必須以「相同事實」為前提，若就「相同事實」最高法院先前裁判已表示過法律見解，原則上即應依「歧異提案」處理。再言，大法庭之目的，固著重於客觀法秩序一致性之維護，但鑑於當事人為訴訟程序之主體，為周全對當事人程序參與權之保障，應使當事人得促請受理案件之最高法院民事、刑事各庭行使向大法庭提案之職權。以刑事案件為例，本法第51條之4新增當事人於最高法院刑事庭各庭審理案件期間，認為足以影響裁判結果之法律見解，得以刑事庭先前裁判之見解已產生歧異（即「積極歧異」，參見本條立法理由），或具有原則重要性，以書狀表明：所涉及之法令；法律見解歧異之裁判或法律見解具有原則重要性之具體內容；該歧異見解或具有原則重要性見解對於裁判結果之影響；聲請人所持法律見解等事項，向受理案件之刑事庭聲請以裁定提案予刑事大法庭裁判。易言之，當事人能聲請提案大法庭之案件，限於前述「積極歧異」與「具有原則重要性」案件，至於「潛在歧異」案件，不在當事人聲請之列。是若本院刑事庭已就當事人擬聲請提案大法庭之案件認為足以影響裁判結果的法律見解曾表示意見，原則上即應受拘束，除非承辦之合議庭經評議後認擬採與先前裁判為不同法律見解，得依本法第51條之2規定依「潛在歧異」提案予刑事大法庭裁判外，自不容當事人因欲採與本院先前裁判為不同法律見解而變相以「具有原則重要性」而聲請提案大法庭，否則本法第51條之4規定即形容具文。本件如前所述，遠東鐵櫃公司就其本案部分雖不符合刑事訴訟法第376條得上訴第三審之要件，惟就沒收部分，既於第一審時未遭沒收判決，若於第二審始被諭知沒收，認至少應給予1次得就沒收部分上訴第三審法院之法律見解聲請提案本院大法庭。其上訴意旨引用之本院107年度台非字第18號刑事判決係就本案部分已不得上訴第三審，而第三人參

與沒收能否上訴第三審而為，與遠東鐵櫃公司係就其本案沒收而為聲請，乃屬「不同事實」；又本院108年9 月27日108年度台上字第2730號刑事判決已就與遠東鐵櫃公司前揭聲請提案大法庭「相同事實」案件，表明該案上訴人之本案部分核屬刑事訴訟法第376 條第1 項第5 款之案件，且經第一、二審均論罪，其本案罪刑部分，不得上訴於第三審法院，縱第二審法院初次為該案上訴人本案沒收之判決，其沒收部分亦
不得上訴於第三審之法律見解。本庭經評議後認無採與上開判決不同之法律意見，或有何具有法律續造之「具有原則重要性」，是其此部分聲請提案大法庭，不能准許，併予敘明。

㈢、綜上，遠東鐵櫃公司、建達公司之上訴均為法所不許，應予駁回。

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

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　25　　日

最高法院刑事第八庭

審判長法官　林　立　華

法官　林　瑞　斌

法官　楊　真　明

法官　李　麗　珠

法官　謝　靜　恒

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　27　　日