

最高法院刑事判決

109年度台上字第2947號

上訴人 高堂全

選任辯護人 趙平原律師

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109年4月9日第二審更審判決（108年度重上更四字第42號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署97年度偵字第463、8720號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

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。又上訴第三審法院之案件，是否以判決違背法令為上訴理由，應就上訴人之上訴理由書狀加以審查。至原判決究有無違法，與上訴是否以其違法為理由，則係二事。本件經原審審理結果，認上訴人高堂全有原判決事實欄所載之犯行，均事證明確，因而撤銷第一審關於上訴人部分之不當科刑判決，改判論以上訴人犯如其附表（下稱附表）二編號一至四六所示之分別依刑法修正前之牽連犯關係，從一重論處上訴人共同連續公務員犯利用職務上機會詐取財物罪刑，及依刑法修正後之想像競合犯之例，從一重論處上訴人共同公務員犯利用職務上機會詐取財物罪刑，並定其應執行有期徒刑2年6月、褫奪公權2年，暨諭知相關之沒收。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之得心證理由。從形式上觀察，並無足以影響判決結果之違法情形存在。

二、上訴意旨略以：

(一) 依原審卷第199至244頁之審判筆錄其內第11頁第18至31行、第12頁第25至28行所載，均未依規定於包裹式證據調查之最末行載明「提示並告以要旨」一詞，顯未對原審105年度重上更（三）字第3號卷二之第1至10項證據、許承得通緝紀錄表等證物，進行證據提示及告以要旨之程序。且原判決既以「國庫存款收款書支票影本」為認定有罪之證據，然原審於審判程序並未提示該所謂「國庫存款收款書支票影本」，而「國庫存款收款書支票影本」與「國庫支票影本」顯為二事，則原審未於審判期日提示調查該項證據，並將上訴人於警訊、偵查、歷審之供述筆錄以包裹式之一次性提示並告以要旨，致上訴人難以逐一表示意見，而該相關證據與事實認定及判決結果有重大之影響，瑕疵顯屬重大，有害於訴訟程序之公正，亦妨礙上訴人行使其防禦權，有應於審判期日調查之證據未調查之違法。況縱認卷內有該「國庫存款收款書支票影本」，惟僅於理由中敘述，而未於事實中記載，亦有事實記載與理由敘述不相符合之理由矛盾之違法。

(二) 原判決附表關於下列內容有誤部分，因與卷證資料及事實認定、理由說明均有不符，而有證據調查未盡，及理由不備、證據上理由矛盾之違法：

1. 附表一之一編號30所示其支票上係李顯琪印文1枚、「領據上無印文或署押」，惟附表二編號一之偽造印文及署押欄第12筆則載支票上李顯琪印文1枚、「領據上李顯琪簽名1枚」，其中「領據上李顯琪簽名1枚」沒收部分之諭知，即有與卷證資料不符之理由矛盾。
2. 附表一之一編號40所示係支票上文玉芬印文1枚、「李德安署押1枚」，惟附表二編號二六之沒收僅記載支票及領據上文玉芬印文各1枚，就支票部分則漏載「李德安署押1枚」。
3. 附表一之一編號35所示係「支票」上葛思惠印文3枚、「李德安署押1枚」、領據上葛思惠署押1枚，而附表二編號二一之偽造印文及署押欄，卻載為「支票上葛思惠印文3枚」、領據上葛思惠署押1枚、及「支票上之葛思惠簽名1枚」，然

附表二編號二一則漏載支票上「季德安署押1枚」，而將之誤載為「葛思惠簽名1枚」。

4.附表一之三編號2就陳全部分，於「應沒收支票或領據上偽造之印文或署押」欄所示係「無」，惟稽諸他字第7260卷第109頁所附之領據上則有偽造之陳囿中印文2枚，原判決於附表二編號一末關於上開附表一之三編號2則記載偽造印文及署押「無」；而該附表編號3廖美惠、支票號碼FA0000000於「應沒收支票或領據上偽造之印文或署押」欄所示亦為「無」，然稽之上述他字卷第197頁所附領據上則有陳政偉署押1枚，原判決均漏未沒收。

5.依判決主文所示「上訴人犯附表所示之罪，各處如該附表主文欄所示之刑」，而依其附表二編號一最後4筆（即附表一之三編號2至4、13），其於「支票／退稅憑單、領據卷頁」欄中之「支票／退稅憑單卷頁」出處欄，僅載「已領取、未提示兌現」，未載明支票／退稅憑單影本存於卷內何頁。於「支票／退稅憑單、領據卷頁」欄中之「領據卷頁」出處欄載明「無」，且於附表二載明領據上既無偽造之署押、印文得證明上訴人確有領取支票，且無支票佐證有兌現詐領之事實，則不得認定上訴人有上揭4筆犯罪之事實。

6.原判決附表一之一編號第30筆於更改情形欄並無任何註明，該筆究屬利用計算錯誤重新歸戶、虛增列舉事項，甚或其他方式尚不明，事實欄一則認定屬「變更及偽造、詐取情形」並予判決。相較附表一之三編號1，同為變更情形不明之情況，於理由係稱「附表一之三編號1所示部分，雖經檢察官提起公訴，然無變更後資料可供審認，無從認定該部分倘成立犯罪…本院均不予審認」，於此相同案況所持理由卻互為矛盾。

(三)原審於民國108年10月3日、109年1月9日之準備程序，109年2月27日之審判程序，均未告以起訴效力範圍，亦未告知各罪罪名，然原判決卻逕認第一審判決附表一編號第59至120號事實部分非屬起訴效力所及。原審未告知上訴人起訴效力

01 範圍，使上訴人就變更之起訴效力範圍無法充分行使防禦權
02 ，而有突襲性裁判之違法。且本案起訴及歷審中，上訴人均
03 以裁判上一罪為攻防，然原判決認屬非裁判上一罪並論以數
04 罪併罰，已涉及加重刑罰法律適用前提事實、犯意各別與否
05 認定之改變，原審於審判期日前均未踐行告知義務，有違刑
06 事訴訟法第95條第1項第1款之規定。又審判長於上開審判期
07 日未請檢察官陳述起訴要旨，則其起訴範圍無法明確，有損
08 上訴人之防禦權，亦與刑事訴訟法第44條第1項第5款及同法
09 第286條、287條之規定有違。

10 (四)原審審判程序筆錄第3頁雖於第5、21、24行，分別註記增改
11 文字、加蓋更改人章，然稽之更改前審判期日當日之電子審
12 判筆錄（下稱更前筆錄）、更改後之卷內紙本筆錄（下稱更
13 後筆錄），乃於審判期日後，上訴人不知情下逕行更改，自
14 非適法。且就「勘驗偵查筆錄光碟筆錄」亦未載明提示並告
15 以要旨，則該未經合法程序勘驗之筆錄得否為合法之證據，
16 尚非全無疑異，原審既未經合法踐行調查該項筆錄之程序，
17 自難以此包裹式之提示治癒其調查證據程序之瑕疵。

18 (五)原判決於理由甲、貳、證據能力部分，認上訴人之自白係出
19 於任意性，無不法取得情事，並以此自白據為判決之基礎，
20 惟未見原審調查上訴人之自白是否出於任意性，自不得引用
21 該自白為證據，原判決仍予引用未經調查之自白為判決基礎
22 之依據，顯屬違法。

23 (六)原判決於其事實欄二所認定之犯罪行為，與事實欄一之犯罪
24 行為實屬相同，卻於理由認定該二事實相異而予分論併罰，
25 有事實之記載與理由說明相互矛盾之違法。

26 (七)原判決理由論上訴人各次詐欺之犯罪既遂成立日，為款項撥
27 款或支票核發日；然判決附表一及附表二則係以支票之兌領
28 日為犯罪既遂成立日，顯有理由矛盾之違法。

29 (八)原判決僅於事實欄敘明上訴人已繳納之金額，未於理由說明
30 實際應繳之犯罪所得、應繳納金額及應如何發還被害人或其
31 金額若干。且附表中亦未顯示犯罪所得合計金額，其自有所

載之事實與理由矛盾之違法。

(九) 本件起訴書所載上訴人之犯罪事實為：係以增加綜合所得稅申報資料中之「撫養親屬、增列列舉扣除額、或薪資扣除額」等方式，而詐取財物罪；原審卻以起訴書未載之「改以較為有利之薪資所得分開計稅方式、計算錯誤、所得歸戶後經電腦重新計算」等犯罪事實為其審理範圍。則原判決所載之犯罪方法及事實，顯非與起訴書為同一社會基本事實，有未受請求之事項予以判決之違法。

(十) 檢察官曾於96年12月17日上訴人未自白前，即同意適用證人保護法，僅因96年12月21日之偵訊筆錄漏未登載，故上訴人方於97年2月4日具狀聲請調查，並傳喚上訴人之選任辯護人趙平原為證人，而原偵查檢察官亦曾指出應參考偵查錄音紀錄以認定是否事先同意適用證人保護法；另臺灣基隆地方檢察署、臺灣新北地方檢察署並均函覆原承辦檢察官已無印象，應參考筆錄及錄音紀錄認定上訴人有無證人保護法之適用。原判決以「因筆錄無記載」故檢察官並未事先同意，有論理法則適用之違誤。且上訴人已一再表明「事先同意」係指於96年12月17日在調詢時主動表示考慮自白後，由調詢人員聯繫檢察官後告知同意適用，致而上訴人同意自白。待96年12月21日借提調詢，同日下午檢察官複訊，檢察官方於偵訊前告知可依貪污治罪條例、證人保護法減刑之語。上訴人並未指原偵查檢察官於96年12月17日或21日以默示同意，致有前後不一之情事。原判決謂上訴人前後說詞不一，未將有利於上訴人之事項予以注意並調查，有誤認事實及證據調查未盡之違法。

(十一) 上訴人曾多次具狀呈報關於劉延德參與本件犯罪之情，足證上訴人早自調詢期間即一再供出共犯，且原審亦於審判期日提示調查劉延德94、95年度個人綜合所得稅申報書及核定通知書等相關資料，知悉劉延德有利用上訴人犯罪事實一所載之方式詐欺取財，並據劉延德、劉惟忠（原名劉承德）多次自行或共同呈報，及於原審更三審劉延德並以證人身分結證

01 自承屬實，凡此足以資為上訴人供出劉延德係共犯之補強證
02 據。又上訴人至遲已於第一審即供出劉惟忠亦參與原判決事
03 實一之犯行，原判決就上開有利於上訴人之相關證據如何不
04 可採信，而不適用貪污治罪條例第8條第2項後段、證人保護
05 法第14條第1項減免規定，均未於理由說明，自有證據調查
06 未盡及理由不備之違法。

07 (三)依原審審判筆錄之記載，就上訴人之科刑範圍辯論時，檢察
08 官係陳述「證人保護法部分請鈞院依卷證審酌」，顯非就「
09 科刑範圍」回答。且科刑範圍之辯論次序為檢察官、被告、
10 辯護人；然依筆錄所示其次序，則為被告、辯護人、檢察官
11 。原審將首為辯論者反置於最末次序，其判決顯有不適用法
12 則或適用不當之違法。

13 (四)原判決於理由說明附表二編號「十五至二五」無減刑規定之
14 適用（見原判決第37頁第20至25行），復於其後謂附表二編
15 號二十至二五均應依中華民國九十六年罪犯減刑條例第2條
16 第1項第3款規定，各減其宣告刑至二分之一，致主文與所載
17 之事實理由不相適合，而有理由矛盾之違法。

18 (五)退稅支票之產生方式為每週批次退稅，每一單筆退稅資料之
19 建立係按週為單位，故每一筆退稅支票之產出須數個工作日
20 。且為使支票量過大不被發現，及國稅局每週方轉檔一次之
21 情，乃按週於某時點在系統上輸入不實支票資料，並於該週
22 內將不實支票逐一更檔完成後，於該月內將同月份之案件逐
23 一詐財完畢後，再「按月」將更改後之支票交付共犯許承得
24 ，次月許承得再「按月」將已兌領之金錢交付上訴人，自應
25 以之視為數個舉動之接續實行，合為包括之一行為予以評價
26 ，較為合理。又上訴人退稅憑單部份係一次更檔，應認全部
27 之憑單為一接續犯，而支票部份縱不認係每週一次同時更檔
28 ，亦係更檔完成後，於每月5日統合一次提出予共犯許承得
29 行使兌領，亦祇能成立每月一次行使詐欺取財罪。原判決就
30 上訴人所辯如何不具反覆、延續性之各期僅具一罪之性質，
31 於理由予以敘明，自亦有理由不備之違法。

01 (五) 本案訴訟歷經十餘年之久，上訴人就被訴之120筆詐領犯行
02 進行實體辯論，並全盤自白犯罪，若認起訴範圍僅及於第1
03 至58筆，或檢察官之98年5月8日板檢慎樂97偵463字第48378
04 號函移送併案意旨書所檢附之其餘部分不屬起訴效力所及，
05 將徒增程序上之繁瑣，不合訴訟經濟原則。況檢察官於103
06 年9月20日更二審提出之論告書明確指出起訴範圍為94年7月
07 至96年11月間、次數為120次犯行、金額共計新臺幣（下同）
08 8,456,797元，則原審自應於此起訴範圍內予以判決；且
09 第一審及歷審之蒞庭之檢察官皆主張120次之犯罪行為，上
10 訴人及辯護人於歷審皆就全部120筆內容為答辯，原審自應
11 認全部犯罪行為皆為起訴效力所及。況本件各次之行為於整
12 體之基本社會事實並無差異，所犯罪名亦同，縱起訴書漏未
13 登載，仍屬起訴範圍之內，原判決未併予審判，即有已受請
14 求之事項未予判決之違法。

15 (六) 上訴人係於偵查中最先自白者，並因而查獲劉延德；自白後
16 雖遭許承得威脅更改證詞，仍堅持自白，且檢察官於起訴書
17 內亦記載上訴人有自白犯罪之情，請酌予減刑。則若仍論以
18 本罪最低本刑之有期徒刑7年，顯然情輕法重，應依刑法第
19 59條之規定減輕其刑。至上訴人雖另適用貪污治罪條例第8
20 條第2項前段、刑事妥速審判法第7條、貪污治罪條例第12條
21 第1項之規定予以減刑，但其與刑法第59條所規定情堪憫恕
22 之情不同，原判決未據以減刑，亦有不適用法則之違法。

23 三、惟查：

24 (一) 案件有無起訴，應以其是否在檢察官起訴書所載犯罪事實範
25 圍之內而定。至於案件起訴後，檢察官就其認有裁判上一罪
26 關係之事實函請併辦，非屬訴訟上之請求，並無起訴之效力
27 ，其目的僅在促使法院注意，如經法院認不成立犯罪或無裁
28 判上一罪關係，就該函送併辦部分，即不得加以審判，而應
29 退回由原檢察官另為適法之處理。原判決秉此斯旨，已於理
30 由說明：本案起訴書就上訴人與許承得共犯部分（起訴書犯
31 罪事實一），業已載明上訴人犯罪方式，並指上訴人以變更

竄改申報資料並變更退稅支票受款人姓名方式之案件有39筆、未變更納稅義務人姓名採直接盜領退稅支票或直接匯入人頭帳戶之案件32筆，暨其已、未兌領情形與金額，復列舉各該明細表為證據，具體說明其待證事實（起訴書證據清單證據十二、十三）；另與劉惟忠共犯部分（起訴書犯罪事實二），亦詳載其行為決意、分工及各次不實申報內容與詐得款項。核與卷內移送書及扣案資料均相符，自屬具體明確，尚無從逕以起訴書記載之上訴人任職期間（94年10月至96年11月），擴張認定起訴事實範圍之理。且以附表一編號58至120所示部分，雖經檢察官移送併辦，並由蒞庭檢察官陳明在卷，惟法院能否加以審判，仍應以檢察官之併辦與起訴事實是否具實質上或裁判上一罪關係，而有審判不可分之關係為斷。因認其中附表一之一編號58、60至64、108至115、119、120，及附表一之三編號2至4、13為起訴效力所及，應依審判不可分關係併予審判外，其餘不具一罪關係部分，則屬未經起訴之犯罪，而未予審判。至附表一之三編號5至12部分，雖經起訴在案，然未據第一審判決，亦未說明不予審認之理由，亦未與原審判決部分具有實質或裁判上一罪之審判不可分關係，而第一審既就部分漏未裁判，即非屬上訴原審範圍，應由第一審法院補充判決。上訴人主張起訴效力或可經由補充治癒、或屬當然及於第一審判決之全部事實云云，均非可採等旨（見原判決第5至11頁）。經核原判決於此所為認定及論述，尚無不合。上訴意旨(五)置原判決已明白論斷之事項於不顧，猶執陳詞重為爭執，指摘原判決有已受請求之事項未予判決之違法云云，自非適法之第三審上訴理由。

(二)被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第156條第1項定有明文。原判決並據以說明其所引用上訴人之自白，並無不法取得情事，且與事實相符，乃援為上訴人論罪之證據。而卷查，上訴人已於第一審、原審更審時均明示其不爭執自白之任意性，對其調詢、偵訊之

01 供述證據能力亦不爭執，並表明自白均係出於自由意志，而
02 同意作為證據（見第一審卷(一)第54頁、卷(二)第36、72頁，原
03 審更一審卷第31背面、更二審卷(一)第199頁、更三審卷(二)第
04 29頁），且上訴人在原審尤未有何主張自白係非出於任意性
05 之情，則其至法律審之本院始於上訴意旨(五)為此主張，指摘
06 原判決違法云云，顯非依據卷內具體資料執為指摘之合法上
07 訴理由。

08 (三)刑事訴訟法第95條規定之罪名告知，乃植基於保障被告防禦
09 權而設，既係被告依法所享有基本訴訟權利之一，亦係國家
10 課予法院應闡明告知及訴訟上照料之義務。而該條第1項第
11 1款所稱罪名變更應再告知者，除質的變更（罪名或起訴法
12 條的變更）以外，自包含量的變更造成質的變更之情形（如
13 包括的一罪或裁判上一罪變更為數罪）。事實審法院於罪名
14 變更時，若違反上開義務，所踐行之訴訟程序固屬於法有違
15 ，然其得否作為上訴第三審之合法理由，則應端視對被告防
16 禦權之行使有無妨礙而定。基此，第一審法院就數個具體之
17 犯罪行為論以包括的一罪（集合犯、接續犯），第二審法院
18 審理之結果認係實質數罪，從形式上觀察，兩者適用之罪名
19 相同，雖無須變更起訴法條，惟實質上已從一罪名變更為數
20 罪名，自會增加被告之罪責，究其本質仍屬罪名之變更。故
21 第二審法院應踐行罪名再告知程序，告知被告罪數之變更已
22 被包攝入審判範圍，並給予其辯明及辯論之機會，以保障其
23 訴訟上防禦權之行使。而第二審之審理如於言詞辯論終結前
24 已予告知，苟依其告知及被告、辯護人應訊所為陳述、辯護
25 之內容，足認被告就其被訴事實之意見，已得有充分表達及
26 辯護之機會時，於被告防禦權之行使，並無妨礙，所踐行之
27 訴訟程序即難遽認違背上開規定，而於判決有影響，自不得
28 執為第三審上訴之理由。卷查，原審更三審時法官已於準備
29 程序告知對於本院發回更審意旨，有何意見？上訴人回答沒
30 有意見（見原審更三審卷(一)第72頁背面）。而稽之該次本院
31 發回意旨第2點即已指明：刑法於94年2月2日修正公布，95

01 年7月1日施行時，已刪除第56條連續犯之規定。在刑法修正
02 施行前，連續為觸犯犯罪構成要件相同之多次犯行，應依連
03 續犯之規定論以一罪，而在刑法修正施行後觸犯犯罪構成要
04 件相同之多次犯行，原則上應按行為次數採一罪一罰，始符
05 合立法本旨。上訴人多次利用職務上之機會，詐取財物等犯
06 行，犯罪時間跨越上開刑法修正生效前、後，且每一次行為
07 似均可獨立成罪，則上訴人在刑法修正生效後，原審更二審
08 判決附表一編號1、5至8、11、12、15至17、20至27、34至3
09 9、40至57、59、65至107、117 部分，及該判決事實二部分
10 所示之多次利用職務上之機會詐取財物等犯行，是否應按照
11 實際行為之次數，一罪一罰？似均非無斟酌之餘地。乃原判
12 決未就上述各情詳予研求，遽依接續犯關係，就上訴人如上
13 開判決事實一、二所示之多次犯行，分別論以一罪，自有可
14 議之旨。又於原審之準備程序時，亦由法官再次告以對於本
15 院就該次發回更審關於：原審更三審判決認定上訴人95年7
16 月1日以後之各次犯行，時間有異，納稅義務人名義亦有不
17 同，行為客觀上明顯可分，應予分別論罪。惟原判決於事實
18 欄仍予記載上訴人自94年7月間起至96年11月間止，擔任書
19 記期間，與許承得謀議，意圖為自己不法所有，以不正方法
20 將虛偽資料輸入電腦、行使公務員登載不實文書、行使偽造
21 私文書、違法製作財產權紀錄以詐取財物之「概括犯意聯絡
22 」，詐得如附表一之一編號1至58、60至64、108至115、119
23 、120，附表一之三編號2至4、13所示退稅支票或退稅金額
24 。將附表一之一其中自95年7月1日以後應論以數罪之上開各
25 編號所示之罪，似認亦有連續犯之概括犯意存在，其理由之
26 說明與事實之認定，顯不相符，自屬判決理由矛盾之違法；
27 及原判決復於理由壹、三、說明經核對第一審判決與起訴之
28 犯罪事實，關於其事實一之審判範圍，就附表一之一部分，
29 其編號1至57係經檢察官起訴及原審判決在案，並由被告提
30 起上訴自應予以審理；其編號58至120部分，僅經檢察官移
31 請併案審理並非起訴，惟此部分若與上開編號1至57具有實

質或裁判上一罪關係，則為起訴效力所及，原審亦應併予審認，倘不具一罪關係，即屬未經起訴之犯罪而不得審判，若屬無誤，則事實欄一所載附表一之一編號58、60至64、108至115、119、120所示經移送併案審理部分，因與經檢察官起訴之上開編號1至57其中所示部分之罪具有實質或裁判上一罪關係，自亦應屬原審應予審認論罪之範圍。惟原判決於理由肆、二、(一)之論罪部分，關於事實一即附表一之一部分，僅就編號1至57各次行為，論以貪污治罪條例第5條第1項第2款之公務員利用職務上機會詐取財物等罪，其餘事實欄一所載附表一之一編號58、60至64、108至115、119、120所示部分，並未一併論列，致前後說明非無理由不備及理由矛盾之違誤等意旨，有何意見？上訴人係回答「請律師幫我回答」，而其二位選任辯護人則均回答「認為全部犯罪應論以接續犯而非連續犯，所以我們主張全部都要併辦，論以一罪。」等語（見原審卷第76、77頁）。由上開各卷附筆錄可見原審顯已告知上訴人及其選任辯護人有關罪名之變更，則原判決基於起訴書、移送併辦暨第一審判決書記載之事實踐行調查、辯論之程序而予終結，並撤銷第一審科刑判決，改判將上訴人所犯，分別依刑法修正前之牽連犯關係，及刑法修正後之想像競合犯之例，各從一重論處上訴人連續犯而論以一罪，與數罪併罰之共同公務員犯利用職務上機會詐取財物罪刑，並定其應執行之刑，即無剝奪上訴人所應受保障之罪名告知、辯明及辯論（護）權，致其無從調整防禦策略或改變訴訟方針，而遭受突襲性不利裁判之違法。至第二審審判期日，依刑事訴訟法第365條之規定，除案件由檢察官上訴，應命檢察官陳述上訴要旨外，其由被告上訴者，殊無準用同法第286條由檢察官陳述起訴要旨之餘地。茲查本件因係上訴人上訴，原審於審判期日，由審判長訊問被告姓名等項後，命上訴人即被告陳述上訴之要旨完畢，始行調查證據，是於第二審審判期日所應踐行之程序，並無錯誤，自不能以其未命檢察官陳述起訴要旨而指為違法。上訴意旨(二)指原審

所踐行之審理程序違反刑事訴訟法相關規定，洵屬誤解，要
非上訴第三審之合法理由。

(四) 法院固不得就未經起訴之犯罪加以審判，然犯罪曾否起訴，
應以起訴書狀所記載之被告及犯罪事實為準。而起訴書關於
犯罪方法之記載或敘述，如無礙於特定犯罪事實之同一性，
且與犯罪構成要件、刑罰加減免除等事項不生影響，並得與
其他犯罪不致相混，足以表明其起訴之範圍者，即使記載未
詳，法院仍得就起訴之犯罪事實，在社會事實同一之範圍內
，自由認定事實，適用法律。依本案起訴書，所指係上訴人
以增加綜合所得稅申報資料中之撫養親屬人數、增列列舉扣
除額或薪資扣除額等方式，而詐取財物罪，原判決則記載：
改以較為有利之薪資所得分開計稅方式、計算錯誤、所得歸
戶後經電腦重新計算等，為其犯罪事實之一部分，核其所為
載述，僅係將起訴書所示上訴人使用之詐欺方法如何導致稅
額之計算產生錯誤之結果，而得使上訴人藉此機會利用以詐
取相關退稅款，其所認定之事實，仍同原起訴書所載之犯罪
方法及事實範圍，而屬起訴書記載之同一社會基本事實，自
無上訴意旨(九)所指有未受請求之事項予以判決之違法。

(五) 公務員製作之文書，不得竄改或挖補；如有增加、刪除或附
記者，應蓋章其上，並記明字數，其刪除處應留存字跡，俾
得辨認；審判筆錄，應於每次開庭後三日內整理之。刑事訴
訟法第40條及第45條分別定有明文。按審判筆錄係書記官依
其職權製作之公文書，依上開規定，於每次開庭後三日內整
理完成，即合於法律之規定。則其於整理過程中，發現有應
予增、刪或附記、更正者，如依法已蓋章其上，並記明字數
，其刪除處應留存字跡俾得辨認，自與法所定無違。卷查，
原審審判程序筆錄第3頁之第5、21、24行，既經書記官依上
開規定分別註記增、改文字，並加蓋其章於上，且記明字數
，已足資辨認其相關增、改之處及其內容，洵無上訴意旨(四)
所指有證據調查程序之瑕疵。

(六) 刑事訴訟法第165條第1項規定：「卷宗內之筆錄及其他文書

01 可為證據者，審判長應向當事人、代理人、辯護人或輔佐人
02 宣讀或告以要旨」，其立法意旨係在使訴訟有關人員透過法
03 庭調查證據之活動，充分表達其對於各項證據及該證據與待
04 證事實關聯性之意見。但卷內之證據，有屬於新蒐集（例如
05 訴訟關係人當庭提出）或調查獲得者，亦有早已存卷，經多
06 年審理、閱卷而為訴訟關係之各方所熟知者。是如何妥適開
07 示證據資料，主持調查證據程序，以供兩造辨認、表示意見
08 及辯論，依刑事訴訟法第164條、第165條、第165條之1、第
09 288條、第288條之1及第288條之3等規定，均明定依「審判
10 長」之命行之，或逕由審判長為之，可知上開有關證據之調
11 查等程序，要屬審判長之訴訟指揮權。而證據資料有或歷經
12 偵、審程序，多次經歷審之提示調查，或經辯護人閱卷得悉
13 ，或曾就該證據狀陳意見並辯論綦詳者，被告之訴訟防禦權
14 實際已獲有充分保障。審判長於最後審判程序，將卷內訴訟
15 資料，就供述證據與書證、證物或依其各類性質，予以分類
16 、分批提示調查，命兩造辨認、表示意見及辯論，所踐行之
17 訴訟程序，尚無違法可言。是衡其立法目的既在於使被告於
18 審判期日調查證據進行時，得以對卷宗內之證據內容有所知
19 悉，而為審察答辯，以確保被告程序上防禦權之行使，則如
20 某項書證確實存在於訴訟卷宗內，在訴訟進行中，實際上已
21 予提示，供被告明白辯論之機會，縱在審判期日之筆錄漏未
22 記載「提示」或「宣讀或告以要旨」，如屬上開情形，被告
23 已有委任律師為辯護人並閱覽卷證得悉文書之內容，而瞭解
24 其意，尚難認該書證有未於審判期日調查辯論之違法。查依
25 原審卷附審判期日筆錄所載，原審對於採為認定上訴人本件
26 犯行之證據即財政部北區國稅局105年11月23日函暨檢送之
27 退稅支票領據影本、105年12月13日函、該局新店稽徵所106
28 年5月11日函、106年12月11日函所附相關退稅等證據資料，
29 固漏未記載「提示」或「宣讀或告以要旨」等語，然到庭之
30 上訴人及其選任辯護人均答稱「沒有意見」（見原審卷第21
31 0頁），顯見上訴人暨其選任辯護人經原審提示該等書證後

，對各該書證內容已瞭解並表示對書證之意見，自係充分行使
使其防禦權；至「國庫存款收款書（支票）影本」及「劉懋
德」名義之「國庫專戶存款支票影本（及背面）」，其中原
審已就「劉懋德」名義之「國庫專戶存款支票影本（及背面
）」予以提示並告以要旨（見原審卷第205頁），雖未就原
判決上開採為裁判基礎之「國庫存款收款書影本」一併予以
宣讀或告以要旨，然其既屬已存卷之資料（見偵字第463號
卷第47頁），且上訴人已有委任律師為辯護人並閱覽卷證而
得悉，即難認該書證有未予調查之情。是應無上訴意旨(一)所
指摘原審因踐行程序之簡略而認有應於審判期日調查之證據
未予調查之違法。

(七)刑事判決發現原本錯誤時，如係屬文字之誤寫、數字之誤算
，或其他類此之顯然錯誤，於不影響於全案情節與判決本旨
及結果者，參諸司法院院字第1857號及司法院釋字第43號解
釋意旨，自得由原法院以裁定更正。原判決關於其各附表中
所示之署押、印文縱有彼此不符之處，然於附表一之一就原
申報納稅人、退稅金額支票號碼／退稅憑單編號、變更情形
、變更後之受款或存入戶名，及支票／退稅憑單領據卷頁，
與支票或領據上偽造之印文或署押情形均已標示而載明相關
卷證出處，則除該等顯屬誤寫、誤算之疏漏，得由原審裁定
更正之者外，若屬顯然之誤載，於本案確定後應予執行時，
檢察官亦得比對相關證據資料出處詳予執行（如附表二編號
一最後4筆，即附表一之三編號2至4、13，其有關之領據印
文、簽名及支票號碼分別見他字第7260號卷第109、110、94
頁，原審更三審卷(二)第312頁），應無無法執行或執行錯誤
之情。又附表一之一編號30於變更情形欄並無註明其變更之
情形為何，然原審於審判期日已將財政部北區國稅局新店稽
徵所106年12月11日函所說明有關該筆李顯琪之退稅款案，
係將其配偶劉丕華之薪資所得變更為執行業務所得一節予以
提出予上訴人及其選任辯護人表示意見，上訴人及其選任辯
護人均答沒有意見（見原審卷第210頁）。是該筆究屬利用

何種方式變更退稅款並無不明，原判決雖未於其附表欄位內再予敘明而有微疵，仍難認有理由不備或理由矛盾之情形。至原判決第37頁第20至25行之理由部分說明附表二編號「十五至二五」無中華民國九十六年罪犯減刑條例（下稱減刑條例）規定之適用，惟於同頁第25至27行則謂附表二編號二十至二五均應依前開減刑條例第2條第1項第3款規定，各減其宣告刑至二分之一如附表二各該編號所示等語。茲比對附表二編號十五至十九部分，係無減刑條例規定之適用，而編號二十至二五則均有該減刑條例之適用，原判決亦就此均依該條例之規定，各減其宣告刑至二分之一。顯見上開編號「十五至『二五』」之其中二五係「十九」之誤載，原判決既於附表二編號二十至二五均依減刑條例予以減刑，此部分純屬文字之誤載，自得予以裁定更正之，尚不得逕認有主文與所載之理由不相適合，而有理由矛盾之違法。是關於此等顯然疏誤既於判決之本旨及其結果不生影響，而得由原審以裁定更正，則上訴意旨(二)、(三)執此提起第三審之上訴，即無從認為係合法理由。

(八)原判決已於理由乙、貳、二、(一)、(二)分別說明：就未經兌領款項之支票部分，因支票為有價證券，且有流通性質，為財產犯罪之客體，是於上訴人取得退稅支票時，其詐取行為即屬既遂，不因是否實際提領兌現而有不同（見原判決第20頁第23至26行）；附表一之三編號2至4所示部分，僅領取支票而未實際兌領，且各次退稅支票開票日期均在95年7月1日之前，復無證據足認被告在95年7月1日以後，尚就各該詐得支票進行背書、提示付款或具有方法、目的或連續犯關係之行為；附表一之三編號13所示部分，亦未經具領支票，且開票日期同在95年7月1日之前，乃採有利上訴人之行為時間認定，即認上開行為時間均在95年7月1日之前，而與同為在此日前之附表一之一編號2至4、9、10、13、14、18、19、28至33、58、60至64、108至115、119、120所示各編號行為，均具方法、目的之牽連犯裁判上一罪關係，為修正前刑法第55

條規定之牽連犯裁判上一罪，除附表一之三編號13應從一重之貪污治罪條例第5條第2項、第1項第2款利用職務機會詐取財物未遂罪處斷外，其餘各罪均從一重之貪污治罪條例第5條第1項第2款利用職務機會詐取財物罪處斷。又被告先後多次涉犯上開違反貪污治罪條例等犯行，均時間緊接，所犯係構成要件相同之罪名，並應依修正前刑法第56條連續犯之規定，論以違反貪污治罪條例第5條第1項第2款利用職務機會詐取財物既遂罪一罪，並依法加重其刑。而95年7月1日以後所為附表一之一編號1、5、6、7、8、11、12、15、16、17、20、21、22、23、24、25、26、27、34、35、36、37、38、39、40、41、42、43、44、45、46、47、48、49、50、51、52、53、54、55、56、57及附表一之二編號1、2、3所示各次行為，時間有異，納稅義務人名義亦有不同，行為客觀上明顯可分，應論予數罪併罰。且與前開之連續犯一罪，亦屬獨立可分，應再予分論併罰。復就上訴人所辯應論以接續犯或包括一罪係如何無足採信，併予敘明：刑法修正前所規定之連續犯，為裁判上一罪，於連續犯刪除後，則應就每一行為分別論罪，併合處罰。而本案之罪因不具反覆、延續實行之本質，立法時復未予特別歸類，定為犯罪構成要件之行為要素，是亦與集合犯之包括一罪亦不相同等旨（見原判決第21至24頁），核其所為論述，於法並無違誤。至原判決附表一關於「退稅金額（元）支票號碼／退稅憑單編號兌領日期」欄所記載之兌領日期，僅係客觀上載述支票或退稅憑單之兌領日期，原判決並未依此據以認定既遂日期，且稽之原判決再予論述如何認定本件詐欺過程：除變更報稅檔案內容或就虛偽申報予以整理傳送，未予核對審辨外，尚有偽冒簽領、撥款，其各次行為乃至款項撥領或退稅支票核發日期始為完成（既遂）一節自明（見原判決第23頁第30行至24頁第1行）。上訴意旨(六)、(七)、(八)執原判決之論罪數及既、未遂均有違誤云云，指摘原判決有理由矛盾之違法，殊非上訴第三審之適法理由。

01 (九) 刑事訴訟法第289條有關量刑之辯論，固於109年1月15日修
02 正公布，將原條文第3項移列至第2項，並修訂為：當事人、
03 辯護人就事實及法律辯論後，應依第1項所定由一、檢察官
04 ，二、被告，三、辯護人之次序，就科刑範圍辯論，及賦予
05 到場之告訴人、被害人或其家屬或其他依法得陳述意見之人
06 ，於科刑辯論前就科刑範圍有表示意見機會之規定，惟此規
07 定係自公布後6個月施行。而本件係於109年2月27日即行辯
08 論終結，斯時上開條文有關量刑之辯論部分尚未施行。則原
09 審審判長既依當時條文之規定：「調查證據完畢後，應命依
10 下列次序就事實及法律分別辯論之：一、檢察官。二、被告
11 。三、辯護人。已辯論者，得再為辯論，審判長亦得命再行
12 辯論。依前二項辯論後，審判長應予當事人就科刑範圍表示
13 意見之機會。」於辯論後曉示予「當事人」就科刑範圍表示
14 意見，其未適用修正後新法所定先後次序予以量刑辯論，尚
15 無違誤可言。且依該審判程序筆錄之記載，審判長詢以「就
16 被告之科刑範圍有無意見？」後，檢察官係陳述：「證人保
17 護法部分請鈞院依卷證審酌」、「請依法審酌」等語（見原
18 審卷第243頁倒數第7行以下至244頁第4行），可見檢察官關
19 於上訴人科刑範圍意見之陳述，顯係分為：證人保護法「部
20 分」請鈞院依卷證審酌，及請依法審酌兩部分，而非無就科
21 刑範圍回答之情形。上訴意旨(四)不僅誤解上開條文之施行日
22 期，亦無視卷內明白記載之筆錄，任意指摘原判決有不適用
23 法則或適用不當之違法，殊非上訴第三審之適法理由。

24 (十) 證人保護法第14條第1項關於被告在偵查中供述待證事項或
25 其他正犯或共犯之犯罪事證，使檢察官得以追訴其他正犯或
26 共犯者，減輕或免除其刑之規定。此適用對象，須合於該法
27 第2條所定之案件，且須於偵查中翔實供出與該案情有重要
28 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
29 官得以有效追訴其他正犯或共犯。而其前提要件，尚須經檢
30 察官事先同意，以由檢察官視案情偵辦進程及事證多寡，衡
31 酌是否有將其轉為污點證人之必要性而予同意之；重在對於

其他成員之追查訴究，期能一網打盡、繩之以法。故本條項規定減免刑罰之條件，除須符合該法第2條所定之案件之外，尚須經檢察官事先同意，始有適用該減免刑罰之餘地。而其中所謂「經檢察官事先同意」者，法律並未限制其同意之方式，雖該法施行細則第21條另有：「本法第14條第1項及第2項所稱檢察官事先同意，指檢察官本案偵查終結前之同意。檢察官同意者，應記明筆錄」之規定，此記明筆錄固僅為其中一種方式，如係其他方式者，仍須以其能證明確經檢察官事先同意，始符其減免要件。原判決本於此旨，已於理由說明上訴人所主張其曾具狀聲請檢察官將之列為證人保護法之證人，及已供出劉惟忠、劉延德2人為共犯，並有劉惟忠、劉延德之呈報狀、證詞為證等情，如何均不足認為其已有供出共犯、事先經檢察官同意適用證人保護人之規定，自無從適用貪污治罪條例第8條第2項後段、證人保護法第14條第1項減免其刑規定憑據之旨（見原判決第24至32頁）。且卷查並無其他證據足資佐證檢察官曾事先同意將上訴人列為證人保護法之證人，是原判決所為論述，經核並無違誤。至原審固於審判期日提示調查劉延德94、95年度個人綜合所得稅申報書及核定通知書等相關資料，然係原審依法踐行審判期日調查證據程序，此與證人保護法第14條第1項關於檢察官得以追訴其他正犯或共犯之規定，迥然不同。上訴意旨(一)、(二)猶置原判決已明白論斷之事項於不顧，仍執陳詞，再憑己意為不同法律效果之爭執，指摘原判決有證據調查未盡、理由不備之違法云云，均非適法之第三審上訴理由。

(三)刑法第59條酌減其刑之適用，係屬法院有權斟酌決定之裁量範疇。原判決已敘明：刑法第59條規定之酌量減輕其刑，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，猶嫌過重者，始有其適用。上訴人主張之犯罪動機，並非客觀上足以引起一般同情之特殊原因與環境，且上訴人所犯為法定本刑7年以上有期徒刑之罪，並有貪污治罪條例第8條第2項前段、第12條第1

01 項及刑事妥速審判法第7條減輕規定遞減其刑之適用，已無
02 科以最低度刑仍嫌過重，致堪憫恕之情輕法重事由，自無刑
03 法第59條規定之適用等旨（見原判決第32頁）。原判決未依
04 該條減輕其刑，要無違法可言。上訴意旨(六)執以指摘，亦非
05 合法上訴第三審理由。

06 (四)依刑法關於沒收規定之修正，已認沒收為刑法所定刑罰及保
07 安處分以外之法律效果，且應適用裁判時法（刑法第2條第2
08 項、第五章之一「沒收」之立法理由及刑法施行法第10條之
09 3第1項規定參照）；而原貪污治罪條例第10條第1項之規定
10 ，已於105年6月22日刪除，自105年7月1日施行，基於刑法
11 沒收章之新規定已無追繳及抵償之規定，自應逕依刑法沒收
12 章之新規定為相關沒收之諭知。是如犯貪污治罪條例第4條
13 至第6條之罪，其所得財物即犯罪所得之沒收，應依刑法第
14 38條之1、之2等規定為之。則依此修正之規定，關於被告犯
15 貪污罪並自動繳交全部所得財物者，就已自動繳交之全部所
16 得財物，即無庸再諭知追繳沒收或發還被害人。原判決本於
17 此旨已於理由敘明：上訴人就原判決事實一之犯罪部分，自
18 承與共犯許承得各分得犯罪所得之一半，遍查全卷復無證據
19 足認其實際分受所得高於詐得退稅款項（即如附表一之一編
20 號1至58、60至64、108至115、119、120及附表一之三編號2
21 至4、13所示退稅支票或退稅金額〈含未兌領或已註銷〉之
22 總額547萬913元）之半數；就事實二部分，既否認分得款項
23 ，且核與共犯劉惟忠供稱上訴人未有實際所得相符（劉惟忠
24 所得部分，已全數繳還），是上訴人實際分配獲得之犯罪所
25 得既係上開總額之半數（即約270餘萬元），而其經查獲後
26 ，業已先後以其妻程佩真或自己名義繳還北區國稅局共計42
27 2萬5,473元，則上訴人繳還國稅局之數額已逾實際所得款項
28 之總額，參酌刑法第38條之1第5項「犯罪所得已實際合法發
29 還被害人者，不予宣告沒收或追徵」之立法意旨，性質上應
30 可認其犯罪所得已全部發還予被害人，而不予宣告沒收等旨
31 （見原判決第36頁第10行至第37頁第13行）。經核其所為說

明及認定，均與卷證資料相符，並無所宣示之主文與所載之事實及理由不相適合之違法。上訴意旨(八)指摘原判決此部分有理由矛盾云云，要非第三審上訴之合法理由。

四、綜上，上揭及其餘上訴意旨，或係未依據卷內具體訴訟資料而為指摘，或所指摘部分與卷存訴訟資料不符，抑或置原判決已論述明白之事項於不顧，再為單純事實之爭執，及對於原判決並未採為裁判基礎、論罪依據之證據，或該證據與待證事實尚無關聯性而不致動搖判決結果、本旨等枝節，暨屬原審採證認事、量刑職權之適法行使，徒以自己之說詞，反覆窮逐枝末而漫事指摘，均非適法之第三審上訴理由。其上訴為違背法律上之程式，應予駁回。而上訴人前揭利用公務員職務上機會詐取財物等重罪部分，既經駁回而無從為實體上判決，對於輕罪之行使使公務員登載不實文書部分，即無法適用審判不可分原則併予審究，亦應予駁回。

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 110 年 6 月 10 日

刑事第二庭審判長	法官	林勤純
	法官	王梅英
	法官	蔡新毅
	法官	吳秋宏
	法官	莊松泉

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 110 年 6 月 18 日