

最高法院刑事判決

109年度台上字第428號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官劉榮堂

被告 李宗達

選任辯護人 賴鴻鳴律師

上列上訴人因被告違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國108年11月7日第二審更審判決（108年度重上更二字第13號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署99年度偵字第6134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。

二、本件原審審理結果，認為被告李宗達（下稱被告）係改制前臺南縣政府工務處土木科技士，為本案相關工程之主辦或協驗人員，而有如原判決事實欄所載（即附表二編號3至6、8、10至12部分）就職務上相關之工程驗收、請款，接受廠商陳世哲或鄭明忠招待，至有女子陪侍坐檯之處所喝花酒之事實，犯行明確，因而撤銷第一審關於被告上開部分科刑之判決，改判依接續犯規定，並適用貪污治罪條例第12條第1項及刑事妥速審判法第7條規定減輕其刑，仍論處被告犯貪污治罪條例不違背職務收受不正利益罪刑（處有期徒刑2年，緩刑5年，緩刑期間應付保護管束，並向公庫支付新臺幣〈下同〉30萬元），及褫奪公權2年，並依法為沒收（追徵）之諭知（原判決附表二〈以下僅記載各附表之序號〉編號1、2、7、9部分，則以不能證明被告犯罪，然因與本案有罪

部分有接續犯之一罪關係，爰不另為無罪諭知；被告其餘被訴部分，先後經原審之上訴審及更一審諭知無罪確定，均併敘明）。已綜合全部卷證資料，詳加斟酌論斷，就被告有罪部分敘明其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由；被告否認犯行及所辯各節認非可採，亦逐一指駁。關於不另為無罪諭知部分，亦敘明其理由，經核尚無不合。

三、檢察官上訴意旨略以：

(一)陳世哲就其於附表二之時、地與被告及同案被告陳芳湖、蕭宗憲等人飲宴時，係由其與鄭明忠付款等情，已於法務部調查局詢問（下稱警詢）及檢察官訊問時陳述甚詳；此與其於第一審及原審法院訊問時之陳述並不相符；且陳世哲此部分之陳述，乃判斷被告有無收受不正利益，是否成立本案犯罪之重要依據，屬證明被告犯罪存否所必要。查陳世哲於警詢時係以被告身分接受詢問，其後於檢察官訊問時亦供承警詢所述實在，復未曾表達曾遭不正詢問，其警詢陳述之可信性及任意性均得以確保，而有特別可信之情況，應具證據能力，乃原審卻認陳世哲之警詢陳述，無傳聞證據例外之情形，為無證據能力，其採證顯與卷證資料不符，難認適法。

(二)附表二編號1、2、7、9部分，被告坦承均係由陳世哲、鄭明忠招待，核與陳、鄭2人證述之情節相符。被告此部分犯行，應可認定。且上開4次飲宴介於民國97年10月13日至同年11月19日之間，雖均在鄭明忠標得附表一編號3工程之前，然陳世哲及鄭明忠招待被告喝花酒之目的在冀望渠等將來承作工程之驗收、請款得以順利，果原判決認被告之犯行屬接續犯之包括一罪，則就被告上開接受招待喝花酒之行為應通體觀察，無從割裂，而應成立不違背職務收受不正利益罪。又原審雖認附表二編號1、2、7、9部分之飲宴花費係由鄭明忠付款。然陳世哲於警詢時稱：被告接受招待約30次，半數以上均由其付款等語；而與上開飲宴相關之工程均為附表一編號1、2之升富營造有限公司承包，陳世哲則為次承攬

人，負責瀝青工程，衡情應由陳世哲招待飲宴付款較符常情。原審雖以卷附通訊監察譯文（下稱譯文）認定付款之人，惟依卷附譯文，實無法確知係何人邀約，原判決此部分之認定，似嫌率斷，於經驗、論理法則有違。

(三)附表二編號3部分，當日參加飲宴者有鄭明忠、陳世哲、李宗達、黃明德、楊穎昆等5人，而依鄭明忠於偵查時之證述，可知小姐坐檯費連酒菜大約6、7000元，若去的人有5個，會多1、2000元，則以最低金額6000元計算，當日共有5人參加飲宴，每人平均花費1200元；又去的人有5個，以最低金額1000元計算，總計應為7000元。原判決未察竟認定僅6000元，已影響犯罪所得總額及沒收金額之認定，顯有未洽。另依陳世哲之警詢陳述，被告於97年11月5日中午亦曾前往白河鎮松竹日本料理接受陳世哲之招待；原審既認被告之犯行屬接續犯之包括一罪，此次被告接受招待亦影響犯罪所得總額及沒收金額之認定，自宜一併予以審理，方為適法。

(四)被告所犯不違背職務收受不正利益罪，係重大犯罪；且制定貪污治罪條例旨在嚴懲貪污、澄清吏治，被告及同案被告等人身為工程發包專責人員，不思恪守職掌，反長期多次接受廠商招待，流連聲色場所，收受不正利益，致公共工程路面因缺乏監督而品質低落，影響民生至鉅；被告犯後復始終否認犯行，毫無悔意，難期其無再犯之虞，原審判處有期徒刑2年，已嫌偏輕，復予宣告附條件緩刑，顯難以達嚴懲貪污、澄清吏治之目的，且悖離國民之法律感情與認知。原判決遽為緩刑之諭知，難認適法。

四、經查：

(一)原判決就陳世哲之警詢陳述，是否與審判中不符、何以不具較可信之特別情況，或不是證明犯罪事實存否所必要（刑事訴訟法第159條之2參照），並未敘明理由，泛以「無傳聞證據例外情形」，即認警詢陳述不具證據能力（見原判決第4頁）。固嫌疏略。惟陳世哲於警詢時，就其與李宗達、蕭宗憲、陳芳湖等人喝花酒，係何人付款部分，陳稱：半數以上

01 由我付款，其他由鄭明忠等包商付，李宗達也有二、三次曾
02 表示要付款，但到底有無付，記不清楚等語（見99年度偵字
03 第6134號卷〈下稱偵卷〉二第5頁）。對照陳世哲於檢察官
04 訊問時所述：「（喝花酒錢誰付）有時候是我，有時候是鄭
05 明宗，有時候是李宗達」，又稱：李宗達出幾次忘了（見偵
06 卷一第95頁），印象較深刻的有一次，是20040元，老闆說
07 40元不用各等語（見同上卷第51頁），並無不符。而上開
08 陳世哲於檢察官訊問時之陳述，復已經原判決援為論斷之基
09 礎（見原判決第6頁），亦即陳世哲警詢陳述關於花酒費用
10 何人支付部分，已經原判決為實質之審認，原判決認陳世哲
11 之警詢陳述不具證據能力於理由說明上雖較粗略，因於事實
12 之認定或判決之結果不生影響，即與判決理由不備之違法情
13 形有別。

14 (二)有關附表二編號1、2、7、9即原判決不另諭知無罪部分
15 ，原判決依憑鄭明忠、陳世哲之陳述，及卷附譯文意旨，逐
16 一說明該4次飲宴均由鄭明忠邀請並付款之理由，另敘明該
17 4次時間均在鄭明忠標得附表一編號3工程之前，其時並無
18 任何工程進行或待驗收，而能否標得上開工程復非鄭明忠所
19 得預期，進而謂此部分飲宴難認與被告之職務行為有關等語
20 （見原判決第28頁）。且檢察官起訴被告接受花酒招待之時
21 間自97年10月上旬至98年1月中旬，次數達21次（見起訴書
22 附表二），此距陳世哲接受本案訊問之99年4月間（見偵卷
23 一第93頁、卷二第3頁）約一年半，陳世哲就各次之付款情
24 形不能清楚陳述，概以半數以上由我付、10次至少付五、六
25 次以上，陳世哲、鄭明忠、李宗達均有付、李宗達出幾次忘
26 記了等語（見偵卷一第94頁、偵卷二第5、49頁），即不違
27 常情。原判決綜合陳世哲、鄭明忠之陳述及譯文之意旨，認
28 以上各次飲宴均由鄭明忠邀請並付款，即非無據，且無違證
29 據法則。檢察官上訴仍爭執係由陳世哲付款，並認與被告之
30 職務上行為有關，即係就已經原判決明白說明之事項，再為
31 指摘，難認係適法之上訴理由。

01 (三)有關附表二編號3部分之犯罪所得，原判決以當日參加飲宴
02 者有5人；而鄭明忠於偵查中證稱：小姐坐檯費連酒菜大約
03 6、7000元，若去的人有5個，也是多1、2000元等語，因而
04 以最低金額6000元計算，該算每人平均花費1200元（見原判
05 決第18頁），並非無據。且該次花費之確數若干，除非記帳
06 、刷卡或留有相關單據，實不易於1年半後明確記憶；消費
07 金額若干，復常因地點、環境及提供之服務，而有不同，本
08 案且難以事後再確認，則原判決以最有利於被告之方式估算
09 ，於刑法第38條之2第1項之規定，即無不合。上訴意旨就已
10 經原判決論斷、說明之事項，再為爭執，亦非合法之第三審
11 上訴理由。上訴意旨(二)有關97年11月5日中午，被告亦曾前
12 往白河鎮松竹日本料理接受陳世哲之招待部分（見偵卷二第
13 9頁陳世哲警詢筆錄），既未經檢察官起訴（起訴書附表二
14 編號九部分，係就同日下午至柳營越妹妹茶坊部分起訴），
15 原判決未予審理，亦無不合，附此敘明。

16 (四)刑之量定及緩刑宣告與否，均屬法院得依職權自由裁量的事
17 項，若已以行為人的責任為基礎，審酌刑法第57條所列各項
18 因素後予以整體評價，使罰當其罪，以實現刑罰權應報正義
19 ，並兼顧犯罪一般預防與特別預防的目的，倘未逾越法律所
20 定範圍，或客觀上顯然濫用權限，即不得任意指摘為違法，
21 據為適法上訴第三審的理由。原判決以被告貪圖不法利益，
22 對於職務上之行為收受不正利益，危害國家行政之廉潔性，
23 影響人民對政府施政之信賴，兼衡其素行、否認犯行之態度
24 、參與喝花酒次數計8次、所收受不正利益之價額，及被告
25 之智識程度，已退休，未婚，身體狀況不佳，家庭經濟小康
26 等一切情狀，量處有期徒刑2年；有關緩刑之宣告，亦略以
27 ：被告前未曾因故意犯罪而受有期徒刑以上刑之宣告，雖因
28 好飲貪杯、不知謹言慎行，致犯本罪。然早於99年2月間即
29 退休，患有多種疾病，雖多次接受招待飲宴，但亦曾2次付
30 款回請，可見並非貪得無厭之人；又所受不正利益為11829
31 元，尚屬些微，其經歷近9年的審判程序，身心所受之煎熬

，應已付出代價；且綜觀全案情，滲含某程度灰色地帶，尚不得以被告否認犯行即認其未能反躬深省。經綜合考量被告一切情狀，認其經此偵、審程序及科刑之教訓，當已知所警惕，信無再犯之虞，因認就被告所宣告之刑以暫不執行為適當。又為確保被告日後更加重視法規範秩序，深切記取教訓，避免再度犯罪，並彌補上開犯行所造成之損害，令其自本判決確定之日起1年內，向公庫支付30萬元，併依法諭知於緩刑期間付保護管束等語（見原判決第22至25頁）。經核前開量刑，未逾法定刑度，亦未濫用自由裁量權限，且無違背公平正義、責罰相當等原則，而無違法或顯然不當情形，檢察官以原判決量刑偏輕、緩刑諭知不當，係就原判決裁量職權之適法行使為指摘，亦非適法之上訴第三審之理由。

五、依上說明，本件上訴違背法律上之程式，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 2 月 19 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 林 立 華

法官 謝 靜 恒

法官 楊 真 明

法官 李 麗 珠

法官 林 瑞 斌

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 109 年 2 月 21 日