

最高法院刑事判決

110年度台上字第1912號

上訴人 陳加保

選任辯護人 鄭鈞懋律師

上訴人 朱耀鴻

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國109年11月17日第二審判決（109年度軍上訴字第1號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署107年度偵字第10706、11273、11663、108年度偵字第46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。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人陳加保係國防部參謀本部資通電軍指揮部資訊通信聯隊資通支援第三大隊（下稱資通支援第三大隊）服役士官，擔任如其附表二編號4所示職務，於其附表四編號11至16、20至28所示期間，因任務編組而擔任伙食委員（下稱伙委）職務，並依資通支援第三大隊中隊長之指示，負責管理、督導伙食團的運作業務，係依法令服務於國家所屬之軍事機關，而具有法定職務權限之公務員；另已判決確定之同案被告黃聖凱係國防部陸軍第八軍團本部連（下稱八軍團本部連）服役之士兵，擔任食勤兵職務，於其附表三編號1至77所示期間，因任務編組而擔任伙委職務，負責如其附表二編號1所示之業務，亦係依法令服務於國家所屬之軍事機關，而具有法定職務權限之公務員。上訴

人朱耀鴻與已判決確定之同案被告邱閱享均係陸軍後勤指揮
部副食供應中心（下稱副食供應中心）所屬旗山副食品供應
站（下稱旗山副供站）駐站人員，邱閱享並受已判決確定同
案被告鄭智豪（國際農畜股份有限公司、欣忠奇食品有限公
司2家國軍副食品供應商之代送商〈未成立公司或為商業登
記，自稱元升公司〉）、許天成（京味商行實際負責人，為
千方食品行銷有限公司、百傑國際食品有限公司〈下稱百傑
公司〉2家國軍副食品供應商之代送商）委託，負責上開4
家公司司於旗山副供站之理貨及推銷事宜，邱閱享則再委託朱
耀鴻協助處理前述食材之理貨及推銷事宜，並向鄭智豪、許
天成賺取佣金由2人平分。朱耀鴻有如原判決事實欄貳所載
與黃聖凱及其他共同正犯（詳如其附表三「參與行使公務員
登載不實文書犯行之行為人」欄及「參與貪污治罪條例犯行
之行為人」欄所示）共同犯如其附表三所示之非公務員與公
務員共犯購辦公用物品浮報數量及行使公務員登載不實公文
書之犯行；又有如其事實欄貳所載與陳加保及其他共同正犯
（詳如其附表四「參與行使公務員登載不實文書犯行之行為
人」欄，及「參與貪污治罪條例犯行之行為人」欄所示）共
同犯如其附表四所示之犯行（其中如其附表四編號1至8、
10、17至19所示部分〈不含其附表四編號3、17所示瀧騰皓
公司、祥有味公司及百傑公司食材部分〉，陳加保係犯軍人
即公務員利用職務上之機會詐取財物及行使公務員登載不實
公文書罪；朱耀鴻則係犯非公務員與公務員共犯利用公務員
職務上之機會詐取財物及行使公務員登載不實公文書罪。另
如其附表四編號9所示部分，陳加保係犯軍人即公務員利用
職務上之機會詐取財物未遂及行使公務員登載不實公文書罪
；朱耀鴻則係犯非公務員與公務員共犯利用公務員職務上之
機會詐取財物未遂及行使公務員登載不實公文書罪。另如其
附表四編號11至16、20至28部分所示〈不含其附表四編號13
所示瀧騰皓公司食材部分〉，陳加保係犯軍人即公務員購辦
公用物品浮報數量及行使公務員登載不實公文書罪；朱耀鴻

01 係犯非公務員與公務員共犯購辦公用物品浮報數量及行使公
02 務員登載不實公文書罪），因而維持第一審依想像競合犯關
03 係，從一重論陳加保以如其附表一編號1-1至1-4「所犯罪
04 名及宣告刑」欄所示之共28罪刑及宣告相關褫奪公權；及論
05 朱耀鴻以如其附表一編號3-1至3-6「所犯罪名及宣告刑」
06 欄所示之共105罪刑及宣告相關褫奪公權（上訴人2人所犯
07 其中關於貪污治罪條例第4條第1項第3款、第5條第1項
08 第2款之罪〈含未遂部分〉，所得或所圖得之財物或不正利
09 益，其金額均在新臺幣〈下同〉5萬元以下〈詳如其附表三
10 、四各編號「未領食材價額」欄記載〉，均依貪污治罪條例
11 第12條第1項之規定予以減輕其刑；且上訴人2人就其等所
12 犯前述貪污治罪條例第4條第1項第3款、第5條第1項第
13 2款之罪〈含未遂部分〉，均於偵查中自白並自動繳交全部
14 所得財物，均依貪污治罪條例第8條第2項前段規定遞予減
15 輕其刑；另如其附表一編號1-2所示利用職務機會詐取財物
16 未遂部分，則依刑法第25條第2項未遂犯規定減輕其刑）；
17 復就陳加保所犯前揭28罪所處之刑，合併定其應執行之刑為
18 有期徒刑3年6月，並宣告褫奪公權4年及諭知相關沒收；
19 就朱耀鴻所犯前揭105罪所處之刑，合併定其應執行之刑為
20 有期徒刑4年6月，並宣告褫奪公權4年及諭知相關沒收之
21 判決，而駁回上訴人2人在第二審之上訴，已詳述其所憑證
22 據及認定之理由（上訴人2人於原審審理時均坦承本件全部
23 犯行不諱，朱耀鴻僅辯稱其並非本件犯行之主要倡議者）。
24 核其所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按，從形式上觀察，
25 原判決關於上開部分並無足以影響其判決結果之違法情形存
26 在。

27 二、上訴人等上訴要旨：

28 (一)、陳加保上訴意旨略以：

- 29 1. 本件伊被訴之犯行，應符合自首減刑之規定，蓋同案被告（
30 資通支援第三大隊之士兵）林佩馨於民國107年5月22日向
31 資通支援第三大隊支援一中隊輔導長許漢昇舉發本案時，並

不知悉伊上開犯行，僅指述伊係要求其以「空投單方式（即未依實際開伙人數投單購買所需食材，而多採購不需要之食材）」償還先前部隊漏投單所借調之食材，嗣伊於同年25日經許漢昇約談時已主動坦承全部犯行，並據此製作附件函送憲兵指揮部高雄憲兵隊（下稱高雄憲兵隊），依該附件內容可知伊於國防部案件調查報告書中已坦承上開犯行不諱，實已以書面報告提出自首，且於內部調查時亦向許漢昇表示願意前往高雄憲兵隊接受調查，復於函送高雄憲兵隊時亦隨同前往配合調查，則伊於國防部案件調查報告書中顯已自白供承上開被訴犯行，應符合自首之要件，詎原判決就上開伊以書面坦供犯行部分是否符合自首之要件，未加以審究並於理由內詳予論敘說明，僅以伊並未委託他人代理自首或向非偵查機關表明煩請轉送，亦未委託許漢昇向偵查機關或司法警察表達自首之意，遽認定伊所為不符合自首之規定，而未依自首之規定減輕其刑，殊有可議。

2. 原審於量刑時，未審酌伊所提出附卷之自109年4月至同年10月間止每月捐款2,000元至財團法人國軍暨家屬扶助基金會之捐款收據，及資通支援第三大隊資通作業一中隊隊長莊玉麟肯定伊平日之表現及犯後態度，以及伊於原審請求給予宣告緩刑自新機會之書面文件等資料作為量刑因子之參考，遽予維持第一審判決所量處之刑，自有欠當云云。

(二)、朱耀鴻上訴意旨略以：本件原審共同被告黃聖凱早於106年3月間即有空投單之不法行為，但其係於同年5月間始向伊借錢，嗣後始發生本案，原判決認定伊貸放款項予黃聖凱在先，知悉其經濟狀況不佳而引誘其以登載不實內容空投單之方式償還借款在後，顯與事實不符。又據陳加保具結證稱：其有向朱耀鴻說「等其身上有錢，每個月以幾千元還伊，但伊說：不用」等語，可見伊並未以償還欠款為由誘引陳加保犯罪，詎原審未察，遽認係伊以償還欠款為由，引誘陳加保為本件虛載空投單之不法情事，實有可議云云。

三、惟按：

(一)、證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採證認事並未違背證據法則，並已詳述其取捨證據及得心證之理由者，即不能任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。原判決係依憑上訴人2人所為之自白，證人即同案被告黃聖凱、邱閔享、鄭智豪、葉翰聲、夏德賢、吳詳睿、葉人瑋、楊雅芳、朱文山、柯俊杰、林右朗、黃惠君、潘壽美、許天成、羅桂錄、傅靖麟、簡村擇、林佩馨、楊淑雯、陳勝裕、李孟修、李政倫、蔡富全、翁俊豪、李富驊、許漢昇分別於偵查中及第一審審理時所為不利於上訴人2人之證述，佐以原判決第13至14頁所載之相關證據資料（詳如其附表八編號2至5、13至16、23至28所示），說明本件案發當時陳加保係擔任資通支援第三大隊區域一隊小延伸節點組上士組長，屬依陸海空軍軍官士官任官條例、陸海空軍軍官士官任職條例、陸海空軍軍官士官服役條例等法令，服務於國家所屬軍事機關，具有法定職務權限（職務內容詳如其附表二編號4所載）之公務員；黃聖凱則係服務於國家所屬之軍事機關（即八軍團本部連），且其負責如其附表二編號1所載之法定職務，而負有特別保護及服從義務，依據上開說明，其2人均屬刑法上之「身分公務員」。又依上開卷證資料，陳加保及黃聖凱以本件不實投單方式清償其等對朱耀鴻之借款，於清償債務或朱耀鴻免除債務後，尚有為數不少之不法所得，且只要陳加保、黃聖凱願意繼續配合，縱使在上開借款債務全數清償後，朱耀鴻仍可藉由此種方式持續獲取不法利益，是朱耀鴻自有動機推卻陳加保以現金償還借款，故朱耀鴻所辯其並非本件犯行之主要倡議者云云，自非可採，而無從據為朱耀鴻有利之認定，因而認定上訴人2人所為之自白與事實相符，而據以認定朱耀鴻有如其事實欄貳所載與黃聖凱及其他共同正犯共犯如其附表三所示之非公務員與公務員共犯購辦公用物品浮報數量及行使公務員登載不實公文書之犯行；及其與陳加保有如原判決事實欄貳所載與其他共同正犯共犯如其附表四所示之犯行，已詳述其所憑之證據及理由（

見原判決第12頁第14行至第19頁第15行)。對於朱耀鴻所為其並非本件犯行主要倡議者之辯解，何以係卸責之詞而不足以採信，亦已依據卷內資料詳加指駁及說明(見原判決第15頁第23行至第18頁第30行)。核其所為之論斷，俱與經驗法則及論理法則無違。朱耀鴻上訴意旨置原判決適法明確之論斷於不顧，猶執其不為原審所採信之同一辯解，再事爭論，自非合法之第三審上訴理由。

(二)、刑法第62條前段所規定之自首，係指犯罪之行為人，於其犯罪為偵查犯罪機關公務員發覺之前，主動向該管公務員自承犯罪並接受裁判而言，至其方式並無一定之限制，祇須職司犯罪偵查之公務員尚未知悉，或尚無相當事證足以合理懷疑其犯罪事實及其涉有犯罪嫌疑前，犯罪嫌疑人即使委託他人代理自首或請非偵查機關代其轉送，均無不可，惟須有向該管偵查機關自承犯罪事實而有接受裁判之意思，即生效力，倘若於犯罪後，僅向不具有偵查犯罪職務之公務員陳述自己犯罪事實，而無接受裁判之意思者，仍與自首之要件不符。本件上訴人陳加保於原審審理時雖主張其所為符合自首之要件，惟原審對於陳加保上開主張已加以調查審酌，並就陳加保本件所為何以尚不符合刑法第62條前段關於自首規定之要件，已依據陳加保之供述，證人許漢昇、林佩馨之證述及高雄憲兵隊109年9月2日憲隊高雄字第0000000000號函等相關證據資料，於判決理由內論述說明綦詳(見原判決第38頁第10行至第39頁第25行)，核其所為論斷，於法尚無違誤，陳加保上訴意旨1所云，無非係置原判決明確之論斷於不顧，猶執原判決已說明何以不予採信之同一主張，任意指摘原判決不當，亦非適法之第三審上訴理由。

(三)、關於刑之量定，係實體法賦予法院得依職權裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所列事項而酌定適當之刑度，並未逾越法律所規定之範圍，亦無違反公平、比例、罪刑相當及不利益變更禁止原則，或濫用其權限之情形者，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之適法

理由。原判決已於其理由內具體敘明如何以陳加保之責任為基礎，審酌刑法第57條各款所定科刑時應予審酌之一切情狀而為量刑，就陳加保量處如原判決附表一編號1-1至1-4「所犯罪名及宣告刑」欄所示（共28罪）之刑，並無不當而應予以維持等旨綦詳（見原判決第49頁第3行至第51頁第2行），並就陳加保所犯上開28罪維持第一審判決所處之刑，並審酌其所犯上揭28罪，犯罪時間接近，犯罪情節相同，考量刑罰手段相當性原則，並綜合其犯罪相關之一切情狀，而就其上開所犯28罪所處徒刑部分合併定其應執行之刑為有期徒刑3年6月，並宣告褫奪公權4年，已依恤刑之理念給予適度之刑罰折扣，堪認與法律授予裁量權之目的相契合，且均核屬其量刑裁量權之適法行使，尚無逾越法定刑度範圍或顯然輕重失當而有違公平、比例、罪刑相當及不利益變更禁止原則之情形。陳加保上訴意旨²所云，無非置原判決明確之論斷於不顧，徒憑己見，指摘原判決未審酌其前揭捐款、犯後態度及平時表現，對其量刑顯有未當云云，依上揭說明，同非合法之第三審上訴理由。

四、至上訴人等其餘上訴意旨，均非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，徒就原審採證認事及量刑職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合，揆之首揭說明，其等上訴均為違背法律上之程式，應併予駁回。又原判決既維持第一審判處陳加保應執行刑逾2年以上有期徒刑，已不合緩刑之要件；況本件係應從程序上駁回其上訴，則陳加保請求本院對其宣告緩刑，自屬無從審酌，併予敘明。

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4月1日
刑事第一庭審判長法官郭毓洲
法官王敏慧
法官林靜芬

01						法	官	蔡	憲	德
02						法	官	沈	揚	仁
03	本 件 正 本 證 明 與 原 本 無 異									
04						書 記 官				
05	中	華	民	國	110	年	4	月	6	日

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 110 年 4 月 6 日