

最高法院刑事判決

110年度台上字第4987號

上訴人 謝開麒

選任辯護人 陳煜昇律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國110年2月9日第二審判決（109年度軍上訴字第4號，起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署108年度偵字第6756、9319號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於如其附表編號1、4所示部分均撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷（即原判決關於如其事實欄一之(一)、(四)即其附表（原判決誤載為附表一）編號1、4所示）部分：

一、本件原判決認定上訴人謝開麒於本件行為當時係海洋委員會海巡署（下稱海巡署）警衛隊第五中隊上士而為現役軍人，擔任海巡署東南沙分署後勤科辦事員，係依法令服務於國家所屬機關而具有法定職務權限之公務員，(1)、有其事實欄一之(一)所載，利用職務上之機會向國立臺灣大學大氣科學系系主任林博雄及助理許維華與黃鏡芸（下或合稱臺大大氣系林博雄等人）詐欺得手新臺幣（下同）4萬元，並接續施詐要求匯款32萬元未果之犯行。(2)、另有其事實欄一之(四)所載，變造海巡署東沙指揮部岸巡第一中隊伙食團鄭千景匯款予味橋食材股份有限公司（下稱味橋公司）之郵政跨行匯款申請書匯款人收執聯後，拍照並以通訊軟體傳送予謝震英而行使之犯行，因而撤銷第一審科刑之判決，就上揭(1)所示部分，改判仍依接續犯關係論上訴人以現役軍人犯公務員利用職務上之機會詐取財物罪，處有期徒刑1年9月，褫奪公權2年；另就上揭(2)所示部分，改判仍論上訴人以變（偽）造私文書罪，處有期徒刑3月，並諭知如易科罰金，以1,000元折算1日，且宣告上開扣案之偽造「郵政跨行匯款申請書（匯款人

收執聯）」1張沒收，固非無見。

二、惟有罪判決書所認定之事實暨其理由之說明與主文之記載，必須彼此互相適合，方為合法，倘其所認定之事實與其理由之論敘或與主文之記載互相齟齬者，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。又證據雖已調查，但若卷內尚有其他攸關待證事實之重要證據或疑點並未調查釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。查本件原判決有如下述之違法：

(一)、關於原判決事實欄一之(一)即其附表編號1所示部分：

(1)、貪污治罪條例第8條第2項前段「犯第4條至第6條之罪，在偵查中自白，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕其刑」之規定，係為鼓勵被告自新而設，其所稱自白，係指被告就自己犯罪事實之全部或主要部分為肯定供述之謂。原判決認定上訴人有利利用職務上之機會接續對臺大大氣系林博雄等人詐欺4萬元得手及32萬元未果之事實，並於理由內說明上訴人於偵查中僅自白其中詐欺得手4萬元之部分，對於另詐欺32萬元未果之部分則予以否認等旨（見原判決第10頁第1至2及22至23行）。果爾，上訴人就其所犯同條例第5條第1項第2款利用職務上機會詐取財物罪行，並未承認全部犯罪事實，甚且否認其中金額較高，然未得手部分之犯行，則其於偵查中僅坦承得手金額較低之財物部分，是否仍屬供承自己犯罪事實之主要部分而自白犯行？非無研酌餘地。原判決未詳為剖析釐清，遽以上訴人於偵查中自白本件被訴犯行，並自動繳交全部所得財物4萬元匯還予被害人，因認符合上揭減刑規定而據以減輕其刑，理由尚嫌欠備。

(2)、貪污治罪條例第12條第1項「犯第4條至第6條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣5萬以下者，減輕其刑」之規定，以犯同條例特定罪名，除須情節輕微外，尚須具備「其所得或所圖得財物或不正利益在5萬元以下」之要件始得減刑。而所謂「所得財物」，指實際取得之

財物；至「所圖得財物」，則指意圖取得（包括實際取得以外之尚未實際取得）之財物。於行為人所得財物即其所圖得財物時，判斷是否符合「在5萬元以下」之要件，固無疑義，然倘行為人所得財物與所圖得財物之間有落差，而其一逾5萬元者，因不符合「所得或所圖得財物在5萬元以下」之要件，縱屬情節輕微，亦不得依該條項規定減刑。原判決認定上訴人意圖為自己不法之所有，基於詐欺取財犯意，向臺大大氣系助理許維華詐稱委託外島運補船舶載送研究設備之費用合計為36萬元，並得手該學系系主任林博雄陷於錯誤而指示助理黃鏡芸匯付之4萬元，嗣並接續向林博雄等人施詐要求匯付尾款32萬元，然因林博雄等人察覺可疑始未付款等情（見原判決第2頁第22行至第3頁第3行），似認為上訴人「所得財物」係4萬元，而「所圖得財物」，則係行為初始所擬圖得之36萬元，或尚未取得之尾款32萬元，惟卻於理由內說明上訴人「所圖得財物」為4萬元（見原判決第20頁第12至13行），其事實之記載與理由之說明，洵然互歧矛盾。再上訴人所圖得財物既為36萬元或32萬元，均已逾5萬元，雖所得財物僅4萬元，而在5萬元以下，揆諸前揭說明，仍不符合貪污治罪條例第12條第1項關於「所得或所圖得財物在5萬元以下」之減刑規定，縱情節輕微，仍不得依前揭條項規定據以減刑。乃原判決以上訴人此部分利用職務上機會詐欺取財犯行之情節輕微，而所圖得財物在5萬元以下為由，遽依上開條項規定減輕其刑，亦有違誤。

(二)、關於原判決事實欄一之(四)即其附表編號4所示部分：

(1)、刑法上所謂變造文書，係指無制作權者，就他人所制作真正文書之非本質部分加以竄改而言，若竄改之結果已變更原真正文書之本質，而具有創設性或改變文書之同一性者，則屬偽造而非變造。原判決認定上訴人變造鄭千景匯款予味橋公司之郵政跨行匯款單匯款人收執聯（下稱「原真正郵政匯款單收執聯」），而將其上關於「解款行（受款行）：華南商業銀行籬仔內分行、代號0000000，收款人帳號：000000000

，戶名：味橋食材股份有限公司，匯款金額：玖萬肆仟捌佰玖拾元，匯款人姓名：東沙指揮部岸巡第一中隊伙食團鄭千景、身分證統一編號：00000、電話：0000000000，匯款額94,890（匯費30）合計94,920，匯款代理人：周冠廷、身分證統一編號：0000000***、電話：0000000***」欄位之記載，塗改為「解款行（受款行）：新光銀行竹北分行、代號0000000，收款人帳號：0000000000***，戶名：莊美珠，匯款金額：捌萬元，匯款人姓名：謝開麒、身分證統一編號：Z0000000000、電話：0000000***，匯款額80,000（匯費30）合計80,030（按匯款代理人周冠廷之相關個人資料則未塗改）」（下稱「塗改後郵政匯款單收執聯」）之內容等情（見原判決5頁第6至17行），似認為上揭「原真正郵政匯款單收執聯」所表彰之內容，原略為：由周冠廷（按為海巡署東南沙分署東沙連絡組行政兵）代理海巡署東沙指揮部岸巡第一中隊伙食團承辦人鄭千景將9萬4,890元，匯入味橋公司於華南商業銀行籬仔內分行帳戶等旨，經上訴人竄改後，該「塗改後郵政匯款單收執聯」所表彰之內容已更易成略為：由周冠廷代理上訴人將8萬元，匯入莊美珠於新光銀行竹北分行帳戶等旨。如果無訛，本件「原真正郵政匯款單收執聯」與「塗改後郵政匯款單收執聯」所表彰之制作名義人是否同一？且後者相對於前者之內容差異，是否具有創設性，亦即二者是否仍為具有本質同一性之私文書？設若「塗改後郵政匯款單收執聯」形式上係上訴人名義所制作內容不實之私文書，然關於表彰代理人周冠廷代上訴人為匯款手續意旨之不實部分，上訴人是否仍涉有不法？顯有疑義。上開疑點攸關上訴人本件被訴塗改「原真正郵政匯款單收執聯」之行為，究係變造文書抑偽造文書之認定，苟未釐清究明，顯不足資為論罪科刑之依據，自有調查釐清並詳論析明之必要。乃原審對於上述重要疑點未予調查釐清，並說明其憑以認定之理由，遽行判決論上訴人以變（偽）造私文書（另詳下述），難謂無證據調查未盡及理由不備之違法。

01 (2)、原判決於其事實欄認定上訴人主觀上基於變造及行使變造私
02 文書之犯意，而有塗改變造「原真正郵政匯款單收執聯」並
03 持以行使之犯行，理由內亦說明應論上訴人以「行使變造私
04 文書罪」，乃其主文卻論知上訴人犯如其附表編號 4「主文
05 」欄所示之「行使偽造文書罪」（見原判決第 5 頁第 5 至 21 行
06 、第 17 頁第 14 至 15 行及第 26 頁），其主文之記載與其實事之
07 認定及理由之說明顯然不相一致，洵有判決理由矛盾之當然
08 違背法令。又原判決於理由內一方面說明上訴人本件被訴所
09 為，係犯行使變造私文書罪，認為扣案「塗改後郵政匯款單
10 收執聯」係上訴人所變造之私文書，另方面卻又謂該等扣案
11 「塗改後郵政匯款單收執聯」係上訴人所偽造之私文書，前
12 後論述互生齟齬，同有失當。再刑法第 38 條第 2 項關於與犯
13 罪具有直接關係之犯罪物沒收規定，其中所稱「供犯罪所用
14 」者，指對於犯罪之遂行具有推進、促成或減少阻礙效果之
15 物；至所稱「犯罪所生」者，則指因犯罪之結果而產生之物
16 。原判決認定上訴人將「原真正郵政匯款單收執聯」竄改成
17 「塗改後郵政匯款單收執聯」，並論處變（偽）造私文書罪
18 刑，則該等扣案「塗改後郵政匯款單收執聯」之性質，似應
19 係上訴人變（偽）造犯行所產生之私文書，而為犯罪所生之
20 物，惟原判決認為該等扣案「塗改後郵政匯款單收執聯」，
21 係供上訴人本件犯罪所用之物，且為上訴人所有，而應依刑
22 法第 38 條第 2 項前段之規定宣告沒收（見原判決第 23 頁第 5 至
23 13 行），其論斷亦有可議。

24 (三)、以上為本院得依職權調查之事項，而原判決前揭違誤，影響
25 於事實之認定與法律適用之基礎，本院無從為其適用法則當
26 否之審斷並據以自行判決，應認原判決關於如其附表編號 1
27 、4 所示部分，均有撤銷發回更審之原因。

28 貳、駁回上訴（即原判決關於如其事實欄一之(二)、(三)即其附表編
29 號 2、3 所示）部分：

30 一、刑事訴訟法第 377 條規定：上訴於第三審法院，非以判決違
31 背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決

01 違背法令為理由，係屬法定要件，且必須依據卷內資料為具
02 體之指摘，並足據以辨認原判決已具備違背法令之形式，始
03 屬相當。本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院之
04 推理作用，認定上訴人身為現役軍人且係公務員，有其事實
05 欄一之(二)、(三)即其附表編號2、3所載利用職務上機會詐取財
06 物共2次之犯行，因而撤銷第一審科刑之判決，改判依接續
07 犯關係論上訴人以現役軍人犯公務員利用職務上之機會詐取
08 財物（未遂）共2罪（其中如事實欄一之(三)所示部分，係一
09 行為同時觸犯行使變造公文書罪，為想像競合犯關係而從一
10 重處斷），分別處如其附表編號2、3「主文」欄所示之主刑
11 與從刑，已詳敘其所憑證據及認定之理由（上訴人於偵查中
12 、第一審及原審審理時均自白上揭共2罪犯行不諱），核其
13 所為之論斷，俱有卷內資料可資覆按，從形式上觀察，原判
14 決關於上開共2罪部分，並無足以影響其判決結果之違法情
15 形存在。

16 二、上訴人上訴意旨略以：伊雖利用職務上之機會，向嘉麟營造
17 有限公司經營者蔡志祥及郭慧娟夫婦詐欺20萬元得手（即如
18 原判決事實欄一之(二)所示犯行），然伊於案發後已將贓款如
19 數返還被害人，犯罪情節非鉅，對國家法紀之危害尚屬輕微
20 ，於依貪污治罪條例第8條第2項前段關於在偵查中自白並自
21 動繳交全部所得財物之規定減刑後，倘量處減刑後之最低處
22 斷刑度即有期徒刑3年6月，猶嫌過重，顯有情輕法重之可憫
23 情形。原審疏未考量上情而未再依刑法第59條之規定酌量遞
24 減其刑，自屬失當。再第一審判決以伊並無犯罪前科，且自
25 白被訴之全部犯行，深具悔意，經此偵審教訓，信無再犯之
26 虞，而就伊包括如原判決事實欄一之(二)、(三)所示共2罪在內
27 全部犯行之宣告主刑，均諭知附條件緩刑，實屬妥當。乃原
28 審卻認為伊貪贓枉法，以權謀私，嚴重危害國軍及公務員廉
29 潔形象，認為不宜宣告緩刑，因而撤銷第一審判決，就含上
30 開共2罪部分均改判處以重刑，且未宣告緩刑，洵有不當云
31 云。

01 三、惟關於刑罰之量定及緩刑之宣告，均係實體法上賦予法院得
02 為自由裁量之事項，苟符合規範體系及目的，於裁量權之行
03 使無所逾越或濫用，而無明顯違背公平、比例及罪刑相當原
04 則者，即不得任意指為違法而執為適法之第三審上訴理由。
05 又刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之
06 原因、背景或環境，在客觀上足以引起一般之同情而顯可憫
07 恕，認為即使宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有適用。再
08 上述所謂法定最低度刑，於遇有依法減輕其刑時，係指減輕
09 後之最低度處斷刑而言。原判決以上訴人對於如原判決事實
10 欄一之(二)、(三)所示，身為現役軍人且係公務員而利用職務上
11 機會詐取財物（未遂）共2次之犯行，均於偵查中自白不諱
12 ，並自動繳交關於原判決事實欄一之(二)所示犯行之全部所得
13 財物而返還予被害人（按原判決事實欄一之(三)所示未遂犯行
14 並無所得財物），皆應依貪污治罪條例第8條第2項前段規定
15 各減輕其刑，其中如原判決事實欄一之(二)所示之未遂犯行，
16 並依刑法第25條第2項規定遞減輕其刑，因認上訴人所犯上
17 開罪名之法定刑（即處7年以上有期徒刑，得併科6,000萬元
18 以下罰金），經減輕後之最低度處斷刑度（即處有期徒刑3
19 年6月以上，得併科500元以上罰金）已非嚴峻，且其犯罪情
20 狀在客觀上並無情輕法重之顯可憫恕情形，自無適用刑法第
21 59條規定酌減其刑之餘地；另以上訴人本件所為貪贓枉法，
22 以權謀私，嚴重危害國軍及公務員廉潔形象，因認其上開共
23 2罪犯行所受宣告之刑，並無以暫不執行為適當之情形（按
24 如原判決事實欄一之(二)所示犯行之宣告刑為有期徒刑3年6月
25 ，亦不符合刑法第74條關於「受2年以下有期徒刑、拘役或
26 罰金之宣告」始得宣告緩刑之前提要件），而未諭知緩刑，
27 均已於理由內論敘說明甚詳（見原判決第21頁第7至10及15
28 至29行），核未逾越法律賦予法院得自由裁量刑罰輕重暨其
29 暫緩執行與否之權限，亦無明顯違背公平、比例及罪刑相當
30 原則之情形。上訴人上訴意旨並非依據卷內資料具體指摘原
31 判決關於上揭共2罪部分究有如何違背法令之情形，徒以泛

詞指摘其刑罰裁量失當，無非係對原審刑罰裁量職權之適法行使，及原判決已明確論斷說明之事項，任意指摘，顯不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式。揆諸首揭規定及說明，上訴人對於原判決關於上開共 2 罪部分之上訴，均為違背法律上之程式，應併予駁回。

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

中	華	民	國	110	年	9	月	2	日							
				刑	事	第	一	庭	審	判	長	法	官	郭	毓	洲
												法	官	林	英	志
												法	官	林	靜	芬
												法	官	周	盈	文
												法	官	蔡	憲	德

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 110 年 9 月 3 日