

最高法院刑事判決

111年度台上字第2297號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官謝宗甫
上訴人
即被告 卓清桂

選任辯護人 劉煌基律師

上列上訴人等因被告違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國110年12月30日第二審更審判決（108年度重上更一字第41號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署103年度偵字第9287號），提起上訴，本院判決如下：

主 文
上訴駁回。

理 由

壹、有罪部分

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，認定上訴人即被告（下稱被告）卓清桂有如原判決事實欄所載偽造文書之犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判論處被告犯行使公務員登載不實文書罪刑，已載認其調查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之心證理由，並就被告否認犯行之供詞及所辯各語，認非可採，予以論述及指駁。又本於證據取捨之職權行使，針對證人黃全才證稱被告曾至本案建物5樓查驗等詞，如何不可採信，復已論述明白。

三、刑事訴訟法第159條之2所定傳聞法則之例外規定，必須符合

01 被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中所為之
02 陳述，「與審判中不符」，且其先前之陳述，具備「可信性
03 」及「必要性」二要件，始例外得適用上開規定，認其先前
04 所為之陳述，為有證據能力。此所謂「與審判中不符」，係
05 指該陳述之主要待證事實部分，自身前後之供述有所不符，
06 導致應為相異之認定，此並包括先前之陳述詳盡，於後簡略
07 ，甚至改稱忘記、不知道或有正當理由而拒絕陳述（如經許
08 可之拒絕證言）等實質內容已有不符者在內。所謂「可信性
09 」，乃屬程序上證據能力信用性之問題，並非對其陳述內容
10 之證明力如何加以論斷，二者之層次有別，不容混淆。至所
11 謂「必要性」要件，乃指就具體個案案情及相關證據予以判
12 斷，其主要待證事實之存在或不存在，已無從再從同一供述
13 者取得與先前相同之陳述內容，縱以其他證據替代，亦無由
14 達到同一目的之情形。原判決理由欄一之（一）已敘明經更審前
15 原審逐字勘驗證人黃全才於民國101年7月24日調詢時陳述之
16 筆錄製作過程，客觀上無何恫嚇、利誘致其為非任意性陳述
17 等明顯瑕疵情形，亦經黃全才於第一審審理時具結證稱其調
18 詢係本於記憶而為陳述，堪認其調詢內容係出於自由意志所
19 為。並說明黃全才於第一審審理時就被告查驗本案建物行經
20 路徑等攸關本案案情重要事項所為證述，與其於調詢時所述
21 已有記憶模糊或較為簡略，並衡酌其於審判外之調詢陳述具
22 有較為可信之情況，復就被告當日查驗情形如何，僅在場人
23 知悉，有使用上開調詢陳述之必要，具備「可信性」及「必
24 要性」要件之理由甚詳，要無理由不備之情形。被告上訴意
25 旨謂黃全才上開調詢之陳述非出於任意性，並欠缺可信性及
26 必要性之要件，不具證據能力等語，自非適法之第三審上訴
27 理由。

28 四、供述證據雖然先後不一或彼此齟齬，究竟何者為可採，事實
29 審法院非不可本於經驗法則，斟酌其他情形，作合理之比較
30 ，定其取捨，若其基本事實之陳述與真實性無礙時，仍非不
31 得予以採信。是證人證述，縱然前後不符或有矛盾，事實審

01 法院自可本於經驗法則、論理法則及調查所得其他各項證據
02 資料，為合理之判斷、取捨，採信其部分證言時，當然排除
03 其他不相容部分之證詞，此為法院取捨證據法理上之當然結
04 果，縱僅說明採用某部分證言之理由而未於判決理由內說明
05 捨棄他部分證言，亦於判決本旨無何影響，此與判決不備理
06 由之違法情形尚有未合。又經驗法則與論理法則俱屬客觀存
07 在之法則，非當事人主觀之推測，若僅憑上訴人之主觀意見
08 ，漫事指為違背經驗與論理法則，即不足以辨認原判決已具
09 備違背法令之形式。原判決綜合被告不利於己之部分供述，
10 證人黃全才、謝文鎮、楊登貴、陳順吉、郭清源、謝榮隆之
11 證言，卷附使用執照申請書、使用執照審查表、使用執照審
12 查呈判表、查驗紀錄表、查驗數量表、竣工照片、新北市政
13 府工務局函暨附件，及案內其他證據資料，相互勾稽結果，
14 憑為判斷被告於擔任臺北縣政府（改制為新北市政府）工務
15 局使用管理科技士期間，在其職務上所應製作之核發建築物
16 使用執照查驗項目紀錄表上，就本案建物辦理現場查驗之事
17 項，虛偽填載如原判決附表編號（下稱編號）1至4所示「室
18 內隔間是否按圖隔間完成」、「門窗框含玻璃是否按裝完成
19 並可供使用」項目，將該登載不實查驗內容之查驗項目紀錄
20 表作為其職務上製作使用執照審查表、使用執照審查呈判表
21 之附件，並擬具如編號5、6所示審查結果、如編號7所示審
22 核意見，簽請不知情之工務局所屬長官決行而行使之犯罪事
23 實，已依序記明其認定之理由及證據。即使黃全才、謝文鎮
24 之證述，或有部分細節事項前後不一、甚或彼此矛盾，然因
25 其等對於被告查驗本案建物行經路徑等基本事實之陳述與真
26 實性無礙，原判決已載認審酌採信其等證述之依據，縱未再
27 敘明捨棄部分細節不一、矛盾證言之理由，於判決本旨仍無
28 影響。所為論斷說明，俱有各項證據資料在卷可稽，既係綜
29 合調查所得之各直接、間接證據，本於事實審採證認事之職
30 權行使及推理作用，予以判斷而為認定，並未違背客觀存在
31 之經驗法則、論理法則。要無被告上訴意旨所指違背證據法

則、判決理由不備之違法情形可言。

五、綜合前旨及被告其他上訴意旨，無非係置原判決所為明白論斷於不顧，徒憑己意而為相異評價，重為事實之爭執，或對於事實審法院取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，徒以自己說詞，任意指為違法，或單純為事實上枝節性之爭辯，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。本件此部分上訴違背法律上之程式，應予駁回。

貳、不另為無罪諭知部分

一、按刑事妥速審判法第9條第1項規定，除同法第8條所列禁止上訴第三審之情形外，對第二審法院維持第一審所為無罪判決提起上訴之理由，以該判決所適用之法令牴觸憲法、判決違背司法院解釋或違背判例為限。此之無罪判決，包括第一審雖對被告為有罪之判決，然以被告其餘被訴部分屬犯罪不能證明，因與論罪部分具有裁判上或實質上一罪之關係，而於理由內說明不另為無罪諭知之旨者，就該部分實質上亦屬無罪判決。是第二審法院就第一審判決所為不另為無罪諭知部分予以維持，檢察官就此部分之上訴，仍屬上開刑事妥速審判法第9條第1項所謂之對第二審法院維持第一審所為之無罪判決提起上訴，其上訴理由書狀應具體敘明原判決有何刑事妥速審判法第9條第1項各款所列事項，係屬法定要件。又刑事訴訟法第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、本件原判決以公訴意旨略以：被告明知依建築法第25條第1項、第70條及第86條第2款等規定，在使用執照未核發前，業主不得同意住戶入住；復明知現場查驗時應有起造人、承造人、監造人及專任技師在場，依據「臺北縣政府工務局核

發建築物使用執照查驗項目紀錄表」，針對「公共空間、主要構造、室內隔間、主要設備（含防空避難、停車空間設備等）、建築物（含外牆立面、門窗開口、門窗框含玻璃、綠化等）、防火避難設施等」，一般樓層抽樣2至3成進行逐項勘驗，並核對建照圖說及業主竣工圖（含起、承、監造人拍攝檢附之竣工照片）無誤後，註記於該表「結果」欄位，被告於96年7月26日辦理本件建案竣工查驗時，已有本案建物97號及99號之6樓、7樓等4戶買主，先行遷入並居住，被告僅由起造人威盛建設股份有限公司（下稱威盛公司）委託本建案使用執照申請業務員謝文鎮陪同，並聽從謝文鎮安排，於查看1樓樓梯間後即直接至7樓樓頂查看避難平台，再搭電梯至6樓，因見6樓有住戶擺設鞋櫃，明顯有住戶於使用執照未核發前擅自使用，違反建築法第86條規定，竟基於圖利威盛公司之犯意，而不予勘驗記載處分，即搭電梯改至4樓及3樓查看玻璃門、落地窗、隔間、廁所，最後至2樓威盛公司辦公室核對竣工圖即離開，現場只短暫停留查驗5至10分鐘，且未實際至5樓查看，使威盛公司免因擅自使用而遭裁罰金額新臺幣（下同）825,218.9元之利益。因指被告另涉想像競合犯貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪嫌等語。惟經審理結果，則以不能證明被告被訴圖利犯行，因而撤銷第一審關於被告使威盛公司免於補正安裝本案建物97號2樓至6樓、99號2樓至7樓共11戶之永久性落地鋁門窗費用共108,295元，即可獲得使用執照之不法利益部分科刑之判決，於理由說明不另為無罪諭知，並維持第一審關於被告使威盛公司免因擅自使用而遭裁罰金額825,218.9元之利益部分，不另為無罪諭知之認定。係以：證人黃全才、謝文鎮之證述僅能認定被告可能「預見」本案建物6樓有疑似未經核發使用執照擅自使用之情事，被告既未進入查核確認是否有擅自使用之情形、範圍及方式，又未實際至本案建物7樓、5樓查核，固有怠為行使其職務之情事，然亦無從遽認被告係明知違背法令，檢察官復未舉出其他證明方法，證明被告有所指之

01 圖利犯行，自無從認定被告有此部分被訴之犯行。已記明其
02 認定之理由，經核並無不合。

03 三、檢察官對原審前開維持第一審就被告被訴使威盛公司免因擅
04 自使用而遭裁罰金額825,218.9元之利益，不另為無罪諭知
05 部分之判決提起第三審上訴，其上訴意旨雖以被告為專責查
06 核、經驗豐富之公務員，現場已見未獲使用執照之本案建物
07 6樓屋外擺放鞋櫃，足認有擅自使用，違反建築法第86條第2
08 款規定之事實，卻不據實登載，簽請裁罰，包庇、圖利威盛
09 公司之惡意彰顯於外，使威盛公司獲得免除裁罰並勒令停用
10 補辦手續之利益，應成立對於主管事務圖利罪等語，執為指
11 摘，既未具體指明原判決關於上述不另為無罪諭知部分，究
12 有如何適用法令牴觸憲法、違背司法院解釋或違背判例，而
13 得為第三審上訴理由之違法情形，僅就原判決已說明事項及
14 屬原審採證認事職權之適法行使，徒憑己意而為相異評價，
15 重為事實之爭執，揆之前揭規定及說明，檢察官對於此部分
16 之上訴，不合法律上之程式，應予駁回。

17 四、刑事訴訟法第161條第1項規定：檢察官就被告犯罪事實，應
18 負舉證責任，並指出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之
19 犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提
20 出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方
21 法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之
22 原則，自應為被告無罪判決之諭知。本件原判決依憑證人黃
23 全才、謝文鎮之證述，復綜合全卷證據資料，敘明被告未實
24 際查核本案建物5樓、7樓，對於5樓、7樓並未安裝玻璃、7
25 樓未按圖隔間之情，主觀上並無明知之認識。至於證人謝文
26 鎮、黃全才雖均曾證稱被告有至本案建物3樓查驗等語，惟
27 徵諸被告查驗本案建物過程前後僅歷時10分鐘之情，被告即
28 便有進入3樓查驗，僅係因怠惰而草率帶過，不足認定被告
29 有積極謀求威盛公司獲得不法利益之直接故意，而為此不當
30 行政行為。本件檢察官未提出適合於證明圖利犯罪事實之積
31 極證據，並闡明其證據方法與待證事實之關係，自難令被告

01 負貪污圖利罪責。凡此，概屬原審採證認事職權之合法行使
02 ，並無判決理由不備之情形，所為論述說明，亦不違背經驗
03 法則與論理法則。原審對於卷內訴訟資料，復已逐一剖析，
04 參互審酌，仍無從獲得有罪之心證，因而為被告此部分有利
05 之認定，於法洵無違誤。檢察官上訴意旨指稱各該證人於調
06 詢、偵查前階段均大致為被告已看見本案建物安裝臨時鋁門
07 窗等證述，證人於審理時，雖有部分迴避，前後陳述不一，
08 應本於證據法則酌採認定，且原判決認定被告有至現場查驗
09 ，卻對於查驗時明顯可見安裝臨時鋁門窗、未安裝玻璃之違
10 規事實，認定被告未看見，核與證據資料未合，亦與經驗法
11 則不符等詞，無非徒就原審取捨證據及判斷其證明力職權之
12 適法行使，及判決內已明白論斷之事項，任憑己見為不同之
13 評價，執以指摘原判決此部分違法，與法律規定得為第三審
14 上訴理由之違法情形，不相適合。

15 五、依上所述，本件檢察官對於原判決不另為無罪諭知部分之上
16 訴違背法律上之程式，應予駁回。

17 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

18 中 華 民 國 111 年 7 月 27 日
19 刑事第八庭審判長法官何菁莪
20 法官朱瑞娟
21 法官劉興浪
22 法官高玉舜
23 法官何信慶

24 本件正本證明與原本無異

25 書記官

26 中 華 民 國 111 年 8 月 2 日