

臺灣高等法院高雄分院刑事判決

107年度上訴字第1369號

上訴人 臺灣橋頭地方檢察署檢察官

上訴人

即被告 徐洪貴

選任辯護人 黃俊嘉 律師

吳龍建 律師

陳秉宏 律師

上列上訴人因貪污治罪條例案件，不服臺灣橋頭地方法院107年度訴字第21號，中華民國107年10月19日第一審判決（起訴案號：臺灣橋頭地方檢察署107年度偵字第908號、106年度偵字第00000號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷。

徐洪貴犯貪污治罪條例第5條第1項第2款之公務員利用職務上機會詐取財物罪，處有期徒刑參年捌月，褫奪公權貳年。

其他部分（即被訴詐取電視機部分）無罪。

事 實

一、徐洪貴於民國101年4月至106年7月19日間，擔任高雄市政府警察局旗山分局嶺口派出所所長（下稱嶺口派出所），綜理該所各項警政業務，為依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員。

二、詎徐洪貴竟假藉其為嶺口派出所所長之職務上之機會，並意圖為自己不法之所有，於104年10月間，假藉其為嶺口派出所所長之職務上之機會，並意圖為自己不法之所有，向蔡信榮稱高雄市政府警察局（下稱高雄市警局）有募集機車活動，且派出所之機車已經老舊不好騎，希望蔡信榮能幫忙捐贈現金5萬元以購買機車，蔡信榮以為真陷於錯誤而答應幫忙，因金額較大，蔡信榮遂以派出所需要機車為由向熟識之友人林照純（居住鳳山，已歿）、德弘寺住持許劉金蘭募集款項，並由林照純交付1萬元給蔡信榮，許劉金蘭則於104年10月25日上午親拿3萬元至南勝聖母堂，蔡信榮當場連絡

徐洪貴前往聖母堂取款，徐洪貴到場後，由蔡信榮當場交付聖母堂捐贈之1萬元及林照純捐贈之1萬元共2萬元給徐洪貴，許劉金蘭則當場交付3萬元給徐洪貴，徐洪貴於收受該5萬元後，並未將募得現金之事陳報高雄市政府警察局旗山分局，亦未如其所稱用於購買機車，而將之挪為私用。

三、嗣於106年6月8日，有民眾以電子郵件向高雄市政府警察局匿名檢舉，高雄市政府警察局政風室、高雄市政府警察局旗山分局督察室遂於106年7月7日到南勝聖母堂訪查蔡信榮、傅百合夫婦。事後蔡信榮遂將政風室來訪查捐贈機車等情事通知徐洪貴，徐洪貴遂於翌日開車搭載蔡信榮一同到共同熟識之友人林義迪住處商討對策，於回程途中，徐洪貴將現金6萬元交給蔡信榮，稱其中5萬元係歸還捐贈購買機車之款項，1萬元則係徐洪貴捐贈給聖母堂慈善會；徐洪貴亦向蔡信榮表示要歸還電視機，蔡信榮則於106年7月10日簽立贈與同意書，將電視機捐贈予嶺口派出所。俟高雄市警局、高雄市政府警察局旗山分局（下稱旗山分局）調查完畢後函請偵辦，經臺灣橋頭地方檢察署（下稱橋頭地檢署）檢察官指揮法務部調查局高雄市調查處（下稱高雄市調處）於106年11月22日持搜索票到徐洪貴之住處及其現任職旗山分局內之辦公桌搜索，扣得捐款收據、郵局存摺、電腦資料影本。

四、案經高雄市政府警察局、旗山分局函請偵辦及高雄市調處移送橋頭地檢署檢察官偵查起訴。

理由

壹、證據能力部分：

一、證人蔡信榮、傅百合、陳丁奇、曹希賢、林志偉、朱榮春於警詢、調詢中之陳述，屬於審判外之陳述，於有罪判決，無證據能力：

（一）按被告以外之人，於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據；又被告以外之人（包括證人、鑑定人、告訴人、被害人及共同被告等）於檢察事

01 務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審
02 判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且
03 為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法
04 第159條第1項、第159條之2分別定有明文。是被告
05 以外之人於司法警察（官）調查中所為之陳述，依刑事
06 訴訟法第159條第1項規定，係屬傳聞證據，原則上無
07 證據能力，惟如該陳述與審判中不符時，其先前之陳述
08 具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要
09 者，依同法第159條之2規定（即刑事訴訟法第159條
10 第1項所指之「除法律有規定者外」），始例外認為有
11 證據能力；如該陳述與審判中相符時，因該陳述並不符
12 合刑事訴訟法第159條之2有關傳聞例外之規定，故不
13 得作為認定犯罪事實有罪之證據，此時，當以其於審判
14 中之陳述作為證據，合先敘明。

15 （二）關於證人傅百合、陳丁奇、曹希賢、朱榮春於警詢、調
16 詢中之陳述部分，因屬審判外之陳述，為傳聞證據，並
17 無證據能力。而證人蔡信榮、林志偉另於審理中到院作
18 證，就證人蔡信榮、林志偉上開陳述整體而言，核與其
19 等在原審審判中之陳述大致相符，是證人蔡信榮、林志
20 偉於警詢、調詢中之陳述並不符合刑事訴訟法第159條
21 之2有關傳聞例外之規定，不得作為認定本案犯罪事實
22 有罪之證據，並無證據能力，此時，當以證人蔡信榮、
23 林志偉於審判中之證述作為證據。

24 二、證人蔡信榮於106年12月26日偵查中未經具結之陳述，無證
25 據能力：

26 證人蔡信榮已於審理中到院作證，就證人蔡信榮於上開偵查
27 中未經具結之陳述整體而言，核與其在本院審判中之陳述大
28 致相符，是證人蔡信榮於106年12月26日偵查中未經具結
29 之陳述並無有罪之證據能力，此時，當以證人蔡信榮於審判
30 中之證述作為證據。

31 三、高雄市調處偵辦高雄市警察局旗山分局嶺口派出所所長徐洪

貴涉嫌詐取財物不法案案件研析表（法務部調查局高雄市調查處高市肅字第10768504750號卷【下稱調查卷】第56至60頁）、高雄市調處107年01月15高市肅字第10768504750號刑事案件移送書（橋頭地檢署107年度偵字第908號卷【下稱偵三卷】第1至5頁），均無證據能力：

（一）司法警察機關製作之案件移送書或移送函，內容固載有被告或犯罪嫌疑人涉嫌或被訴之事實，及相關之證據等事項，但其本質上，乃係單純為表示移送案件用意所製作之文書，而非屬於通常職務上為紀錄或證明某事實以製作之文書，且就其製作之性質觀察，無特別之可信度，對於證明其移送之被告或犯罪嫌疑人所涉犯罪事實，並不具嚴格證明之資格，自無證據能力，不能資為認定被告犯罪之憑據。

（二）而上開案件研析表、案件移送書依其內容觀之，均係高雄市調處單純為表示移送案件用意所製作之文書，就其製作之性質觀察，係針對具體個案為之，尚非在其例行性之公務過程中所製作，因不具備例行性之要件，無特別之可信度，依上開說明，自無證據能力。

四、除前述已說明證據能力之部分外，本判決所引用之其餘證據資料（詳後引用之各項證據），其中係屬傳聞證據部分，縱無刑事訴訟法第159條之1至第159條之4或其他規定之傳聞證據例外情形，亦因被告及其辯護人、檢察官於調查證據時，均已明示同意作為證據使用，審酌卷內並無事證顯示各該陳述之作成時、地與週遭環境，有何致令陳述內容虛偽、偏頗之狀況後，也認為適當，依刑事訴訟法第159條之5第1項之規定，為傳聞法則之例外，應有證據能力。

五、其餘憑以認定本案犯罪事實之非供述證據（詳後述），查無違反法定程序取得之情，依刑事訴訟法第158條之4規定反面解釋，有證據能力。

貳、收受現金5萬元有罪部分：

一、訊之被告徐洪貴固坦承自蔡信榮處收受現金5萬元，惟矢口

01 否認有詐欺的故意及不法之意圖，辯稱：現金5萬元部分，
02 係蔡信榮交付款項時，該勸募機車活動已經停止了，因蔡信
03 榮表示先放在我這邊，待下次市警局有勸募活動時，再行登
04 記支付，所以我才會保管這5萬元，放在我辦公桌的抽屜裏
05 ，待下次機關有再辦理捐贈活動再拿出來，我未據為己有予
06 以挪用云云。惟查：

07 （一）被告徐洪貴係依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有
08 法定職務權限之公務員，因被告係於101年4月至106年
09 7月19日間，擔任嶺口派出所所長一情，業據被告於警詢
10 、調詢、偵查及審理時供述明確，亦有被告之警察人員人
11 事資料簡歷表1份在卷可參（他二卷第17至18頁）。另依
12 警察法第9條之規定，其依法可行使之職權如下：「一、
13 發佈警察命令。二、違警處分。三、協助偵查犯罪。四、
14 執行搜索、扣押、拘提及逮捕。五、行政執行。六、使用
15 警械。七、有關警察業務之保安、正俗、交通、衛生、消
16 防、救災、營業建築、市容整理、戶口查察、外事處理等
17 事項。八、其他應執行法令事項。」，又其身為嶺口派出
18 所所長，亦有綜理該所各項警政業務之職權。是被告於本
19 件案發時期確係依法令服務於地方自治團體所屬機關而具
20 有法定職務權限之公務員。

21 （二）証人蔡信榮因被告向其表示派出所備勤室需要電視機供派
22 出所同仁使用，希望聖母堂能幫忙等情而答應幫忙後，亦
23 以派出所需要機車為由，另向熟識之友人林照純（居住鳳
24 山，已歿）、德弘寺住持許劉金蘭募集款項，並由林照純
25 交付1萬元給蔡信榮，許劉金蘭則於104年10月25日上午
26 親拿3萬元至南勝聖母堂，蔡信榮當場連絡徐洪貴前往聖
27 母堂取款，徐洪貴到場後，由蔡信榮當場交付聖母堂捐贈
28 之1萬元及林照純捐贈之1萬元共2萬元給徐洪貴，許劉
29 金蘭則當場交付3萬元給徐洪貴等情，業據証人蔡信榮於
30 偵查及原審審理時（他一卷第71至72頁，偵一卷第56頁；
31 原審一卷第131至132頁、第137頁、第140至141頁、

第145頁）、證人傅百合、許劉金蘭於偵查時（他一卷第69至70頁，偵一卷第81頁、第93至94頁）證述明確，證人林志偉於偵查及審理時亦證述聽聞蔡信榮、傅百合詢問有無新的機車，聖母堂有捐贈一部機車，回答沒有看到等語（偵一卷第159頁；院一卷第170頁、第177頁、第179頁），並有證人傅百合所製作之南勝聖母堂帳冊影本1張在卷可憑（調查卷第24頁）。

（三）上開南勝聖母堂帳冊影本記載內容為「104.10.23」、「科目：救助費」、「摘要：助嶺口派出所機車，支出金額：10,000元、與德弘寺共支50,000元、德弘寺30,000元、林10,000元」，同上開電視機部分之帳冊記載模式相同，在此筆支出記載前有其他收支記載，依其記載方式及內容觀之，顯非嚴謹之商業會計帳簿，僅為備忘性質之日常收支帳，係證人傅百合依南勝聖母堂之收支時間順序例行而為記載，製作該帳冊，並無預見日後可能提供作為證據之偽造動機，虛偽之可能性甚微，而具高度可信性。

（四）被告於警詢、調詢、偵查及審理時均坦承收受上開現金5萬元，核與證人蔡信榮、傅百合所述相符，亦與上開南勝聖母堂帳冊「104.10.23」之記載相符。南勝聖母堂帳冊記載時間雖為「104.10.23」，然除時間外，記載之科目、摘要均與被告所自承及證人蔡信榮、傅百合、許劉金蘭上開證述相符，而該帳冊僅係傅百合依南勝聖母堂之收支時間順序例行而為記載，本非嚴謹之商業會計帳簿，已如上述，於時間之記載上稍有數日誤差，尚不影響帳冊之真實性及可信性。

（五）被告徐洪貴未將募得現金之事陳報旗山分局，亦未如其所稱用於購買機車，又依高雄市警局確實在104年下半年有鼓勵捐贈警用車輛活動，此一活動係高雄市警局轉達予各分局分局長，各分局在召開主管會報時再轉達予各派出所主管等情，業據證人即當時任職旗山分局行政組組長林奇成、當時迄今均任職旗山分局旗尾派出所所長劉財良、當

01 時任職旗山分局廣興派出所所長劉瑞和於審理時證述明確
02 （原審一卷第152頁，原審二卷第111頁、第129頁），
03 而經原審發函詢問高雄市社會局、高雄市警局，此一捐贈
04 警用車輛活動雖非依公益勸募條例辦理，然高雄市警局於
05 104年7月間確有召開「本局104年度車輛捐贈說明會」
06 以辦理接受民間主動捐贈警用車輛事宜，之後也確有民眾
07 捐贈警用車輛予高雄市警局，此有高雄市政府社會局107
08 年2月14日高市社人團字第10731367900號函、高雄市政府
09 警察局107年3月2日高市警政字第10731359800號函
10 暨所附104年度民間主動捐贈巡邏（偵防）汽、機車相關
11 資料各1份存卷可憑（原審一卷第46至64頁）。

12 （六）當時旗山分局捐贈流程，據證人林奇成於原審審理時證稱
13 ：因為經費有限、裝備老化，當時市警局局長開會時口頭
14 告知，請分局鼓勵轄區的地方熱心人士捐贈警用車輛。沒
15 有公文，是分局長到警察局開局務會議，局長口頭指示後
16 ，分局長回來轉述，請各派出所可以的話，找地方熱心人
17 士勸募機車或汽車供同仁使用。捐贈流程由行政組辦理，
18 會先請派出所提供地方人士填寫捐贈同意書報到分局來，
19 分局業務組這邊會作彙整，然後簽給督察組來做徵信，因
20 為怕捐贈者是八大業者、砂石車業者或其他跟警察有利害
21 關係的業者捐贈，所以會簽請督察組來做徵信，如果確定
22 沒有問題後，就會函文給警察局，由警察局後勤科統一審
23 核，如果警察局回文通過了，就會請捐贈者直接跟機車或
24 汽車廠商聯絡，繳款方式是捐贈者直接匯款，我們警局是
25 不經手錢，等車子下來，我們再列入財產管理。勸募期間
26 嶺口派出所並沒有呈報捐贈成果等語（原審一卷第152至
27 159頁）。又證人劉財良於原審審理時證稱：104年7月
28 份有勸募機車活動，分局主管會報時有宣導，那時因為警
29 用裝備汽、機車都太過於老舊，我們分局有接獲警察局的
30 命令、指示，叫我們所長出去外面找一些善心人士捐贈警
31 用汽、機車。這些指示是當時由分局長主持的主管會報下

達。捐贈流程由行政組承辦，行政組有告知，當轄區找到願意捐贈警用汽、機車者時，先報名單拿給它們。先報名單給行政組後，後續一些文書作業，行政組會交付給我們，比如個人捐贈者要請他影印身分證，公司行號為捐贈者要影印公司營業登記，之後行政組會有一個交辦文書的信封拿給我們轉達給捐贈者或公司，他們準備好文書之後，交給我們所長再轉回去給行政組承辦人。旗尾派出所找到合隆公司的陳禎隆及豐宜瓦斯罐裝公司的陳鈞瑜合捐1台機車。當時我問豐宜公司、合隆公司這輛警用機車要以何人名義捐贈，豐宜公司就說以合隆公司陳禎隆的名義捐贈，之後分局下來一些手續，我都是拿給合隆公司那邊。豐宜公司的陳鈞瑜是直接拿2萬5千元給我，我把這筆2萬5千元拿去給合隆公司的陳禎隆，行政組將光陽公司的帳號及捐贈同意書等文書交付給我，我再拿去給合隆公司等語（原審二卷第111至115頁、第120至125頁），並提出由豐宜公司提供之豐宜公司現金支出傳票1紙為證（原審二卷第143頁）。又證人劉瑞和於原審審理時證稱：104年間我們去參加主管會報，分局長開會時，叫我們到轄區找善心人士及廟宇問看看有無人要捐警用汽、機車。我勸募到機車5台。我們美濃地區有5間派出所，南天太子宮的師父講美濃區派出所一區一台，剛好5台。我們直接打電話給分局行政組裝備保管的承辦人，我們跟他講，他就把捐贈同意書用電子郵件寄過來我們派出所，我們列印下來拿去給對方簽名。我們就是拿捐贈同意書給他們簽名，簽名完我們交給分局，之後就沒有我們的事情，直接分局跟他們聯絡。我們只是去找師父、廟宇，他們有意要捐贈，我們就拿捐贈同意書給他簽，簽完以後我們交給分局，後續都是分局去處理，我就沒有再參與過。當時在主管會報時，沒有提到找到捐贈者要跟分局的行政組呈報，但我們一般大家都知道警用機車是屬於我們的裝備，所以我們一定要報給裝備承辦人，一定要跟分局回報。我們是將

01 捐贈同意書拿給師父，師父再拿給朱宴君簽名等語（原審
02 二卷第129至136頁）。是依上開證人林奇成、劉財良、
03 劉瑞和之證述綜合觀之，當時此一捐贈警用車輛活動雖無
04 正式公文，然在旗山分局主管會議中有口頭告知各派出所
05 所長，至於捐贈流程雖然3人所述不完全一致，但大致相
06 符，派出所所長在找到願意捐贈之熱心民眾或企業後，是
07 將名單呈報給旗山分局行政組，之後行政組會轉交捐贈同
08 意書交由派出所轉給捐贈人簽名，之後再提供匯款資料供
09 捐贈人辦理。

10 （七）當時其他捐贈者之捐贈流程，據捐贈者即證人陳禎隆於原
11 審審理時證述：旗尾派出所所長來跟我說有需要機車，所
12 長有說機車的用途是公務使用，如果是要捐給私人使用，
13 我就不可能捐，所長是先問我有無捐贈意願，我同意之後
14 ，所長就說會再找人和我合捐購置一台機車，過幾天之後
15 ，所長就來找我，跟我說請我出一半，但另外一個人我不
16 認識，我記得是5萬元，所以一半是2萬5千元，我是請
17 我公司小姐將款項拿去旗尾派出所，捐贈同意書是公司小
18 姐簽的等語（原審二卷第9至14頁）。惟依據證人陳禎隆
19 庭後補陳之捐贈資料，該次捐贈車輛款項應係由合隆公司
20 直接匯款至機車廠商帳戶，有合隆電工有限公司107年7
21 月2日合隆字第107012號函暨所附捐贈同意書、光星實業
22 股份有限公司統一發票、臺灣企銀網路銀行台幣單筆交易
23 明細、高雄市政府警察局旗山分局受贈實物收據、感謝函
24 、買賣合約書各1份附卷可查（原審二卷第55至71頁），
25 證人陳禎隆就捐贈款項之流程可能因時日久遠而記憶不清
26 ，故而證人陳禎隆、證人劉財良所述捐贈原因大致相符，
27 然捐贈款項之流程應以證人劉財良所述及合隆公司函覆之
28 捐贈資料為準。又另捐贈者即證人蔡佩玲於原審審理時證
29 稱：有捐贈一台機車給高雄市政府警察局，當時圓潭派出
30 所所長提到他們警局有這個方案，問我們有沒有意願，如
31 果可以的話，就捐一台機車，所長當時有說這些勸募到的

機車要用在派出所，後來有通知我廠商及廠商的匯款帳戶，請我們匯給廠商，匯款之後有收據及證明，我當初以為是捐錢讓他們去買，但他們說他們不經手這些款項，好像有點類似我們買機車，然後捐給他們，當時所長說他們不經手這些錢，等於是我們直接買車子，不過要買的車子就由他們向廠商接洽，我不是很清楚，我們同意了以後，就看他們上面的作業流程，我們就跟著流程走，我本來是說我要把錢直接交給他們處理，但是所長說他們不經手錢，等他們看好車子後，我們直接把錢匯給廠商，捐贈同意書是我親自用印等語（原審二卷第19至26頁），並庭呈感謝函2份、高雄市政府警察局旗山分局受贈實物收據、買賣合約書、彰化銀行網路銀行交易處理狀態查詢、光星實業股份有限公司大眾銀行匯款帳戶存簿封面及捐贈說明各1份為證（原審二卷第33至45頁）。是依上開2位捐贈者即證人陳禎隆、蔡佩玲之證述觀之，同意捐贈後均有簽立捐贈同意書，款項則是直接匯至機車廠商帳戶，而非將錢交給派出所所長。本件捐贈人蔡信榮交付現金5萬元給被告之過程顯與上開流程有別，因依開證人林奇成、劉財良、劉瑞和、陳禎隆、蔡佩玲之證述觀之，蔡信榮交付現金5萬元給被告之過程、被告收受款項後續流程顯與行政組長林奇成、其他派出所所長劉財良、劉瑞和、其他捐贈者陳禎隆、蔡佩玲所證述過程不符。被告及其辯護人雖稱旗山分局並未說明捐贈流程，被告係因不清楚捐贈流程而收受現金，然其他派出所所長即證人劉財良、劉瑞和所證述之捐贈流程已清楚顯示，縱然分局長或行政組長並未在分局主管會報告知捐贈流程，2位派出所所長都知道不要接觸現金，證人劉財良雖收受豐宜公司的2萬5千元，但其隨即將此筆現金轉交予證人陳禎隆處理，而非自行保管。

（八）被告徐洪貴直至本案106年7月間調查後，才將現金5萬元歸還蔡信榮，因本案於106年7月間調查後，蔡信榮遂將政風室來訪查捐贈機車等情事通知徐洪貴，徐洪貴遂於

01 104 年 7 月 8 日開車搭載蔡信榮一同到共同熟識之友人林
02 義迪住處商討對策，於回程途中，徐洪貴將現金 6 萬元交
03 給蔡信榮，稱其中 5 萬元係歸還捐贈購買機車款項，1 萬
04 元則係捐贈給聖母堂慈善會，蔡信榮已將 1 萬元歸還友人
05 林照純家屬，傅百合於 104 年 11 月 6 日將許劉金蘭捐贈之
06 3 萬元歸還許劉金蘭等情，業據證人蔡信榮於偵查及審理
07 時（他一卷第 72 頁，偵一卷第 57 頁；原審卷一第 141 至 14
08 3 頁、第 145 頁）、證人傅百合、許劉金蘭於偵查時（他
09 一卷第 70 頁，偵一卷第 81 頁、第 93 頁）證述明確，並有證
10 人傅百合所製作之南勝聖母堂帳冊影本 1 張在卷可憑（調
11 查卷第 25 頁）。上開南勝聖母堂帳冊影本記載內容為「10
12 6.11.7」、「科目：什收」、「摘要：之前助嶺口派出所
13 機車退回款（7/8 退回）」、收入金額：10,000 元」，同
14 上開電視機部分之帳冊記載模式相同，在此筆支出記載前
15 後有其他收支記載，依其記載方式及內容觀之，顯非嚴謹
16 之商業會計帳簿，僅為備忘性質之日常收支帳，係證人傅
17 百合依南勝聖母堂之收支時間順序例行而為記載，製作該
18 帳冊，並無預見日後可能提供作為證據之偽造動機，虛偽
19 之可能性甚微，而具高度可信性。又證人蔡信榮之所以捐
20 贈現金並向友人募集款項係因被告向其表示高雄市警局有
21 募集機車活動，且派出所之機車已經老舊不好騎，希望蔡
22 信榮能幫忙捐贈現金 5 萬元以購買機車，當時高雄市警局
23 雖有鼓勵捐贈警用車輛活動，然被告徐洪貴以此為由向蔡
24 信榮募集款項，收受後既未陳報分局，亦未用於購買機車
25 ，顯與蔡信榮捐贈現金之用途不符，雖然被告是以「捐贈
26 警用車輛活動」、「派出所之機車已經老舊不好騎」等正
27 當名目向蔡信榮取得財物，然若蔡信榮及其熱心友人知悉
28 被告取得款項後並未用於購買機車，蔡信榮及其熱心友人
29 豈肯交出金錢？辯護人雖辯稱當時確有捐贈警用車輛活動
30 ，被告應不構成施用詐術等語，惟若理由正當即不構成施
31 用詐術，則藉由真實發生之地震或水災為由募款，卻將所

募得款項挪做私用，捐款民眾之愛心豈非遭受濫用，是以理由雖屬正當，然取得款項後如未依所告知用途使用，仍構成施用詐術詐得財物。

(九) 被告徐洪貴雖辯稱因勸募機車活動結束才保管現金5萬元，放在辦公室抽屜裏，待下次機關有再辦理捐贈活動時再拿出來，我未據為己有云云，然並無證據證明被告徐洪貴將該5萬元放置於抽屜，且被告徐洪貴於本院審理時亦自承本項捐贈活動結束，是因為以後要改採招標方式為之等語(本院卷第78頁)是徵被告徐洪貴前開所辯要待下次有人再辦捐贈活動時再拿出來用云云，顯屬不可能，亦難令人採信。又被告徐洪貴收受此筆款項之時間是104年10月25日，既未將募得現金之事陳報旗山分局，亦未如其所稱用於購買機車，而募集機車活動既已結束，被告亦未將5萬元歸還蔡信榮，直至本案106年7月間調查後，才將現金5萬元歸還蔡信榮，被告持有此筆款項將近2年。而南勝聖母堂位於嶺口派出所轄區，倘如被告所稱有歸還蔡信榮之意，並無歸還之地理限制或困難，自無置於抽屜近2年之理，應認其不法所有意圖而挪做私用甚明。

綜上所述，因被告徐洪貴收受款項之時間是104年10月25日，既未將募得現金之事陳報旗山分局，亦未如其所稱用於購買機車，而募集機車活動既已結束，且被告亦自承捐贈活動結束，以後改採統一招標方式為之，被告徐洪貴亦未將5萬元歸還蔡信榮，直至本案106年7月間調查後，才將現金5萬元歸還蔡信榮，被告持有此筆款項將近2年，並無證據證明被告將該5萬元現款放置於辦公室之抽屜，應認其有不法所有意圖而已挪做私用，事證明確，其此部分所辯係卸責之詞，不足採信，其此部分犯行已堪認定。

二、按貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務上機會詐取財物罪，以公務員利用職務上之機會，詐取財物，為其構成要件。行為人因法律或命令賦予或委託一定之職務，竟利用職務本身固有之事機，或由該職務上所衍生之機會，因勢乘

01 便而詐取財物者，即足當之。此之機會，不以職務上有決定
02 權者為限（最高法院98年度台上字第3194號、106年度台上
03 字第1399號、106年度台上字第1884號、107年度台上字第
04 1287號判決意旨參照）。揆諸利用職務上之機會係包含因職
05 務本身產生之機會，如無該職務，即不生該機會，必因該職
06 務存在，始有該機會之產生者方屬之。是上揭罪名所謂「機
07 會」者，並不以與職務執行權或決定權有關者為限，倘囿於
08 職務執行權、決定權，即與上開「機會」之意涵有間，此再
09 觀諸貪污治罪條例第5條第1項第2款係規定：「利用職務
10 上之機會，以詐術使人將本人之物或第三人之物交付者」，
11 而非規定「於執行職務時，以詐術使人將本人之物或第三
12 人之物交付者」，可知立法當時應無將本條之適用限於與公
13 務員法定職權行使有關之詐取財物行為，最高法院99年台
14 字第191號、106年度台上字第2362號刑事判決意旨參照。本
15 件依係高雄市政府警察局之命令，轉由轄區各分局召集各
16 分局轄區派出所執行機車捐贈勸募活動，已如前述，自屬
17 向上級長官命令所為之職務行為，又依據證人蔡信榮、傅
18 百合均一致證稱被告是以「派出所需求」為由請渠等捐贈
19 本案機車購買費用；再參諸被告係利用其擔任嶺口派出所
20 所長之職務，以前開名義，向證人蔡信榮、傅百合等人詐取
21 財物，倘被告不具有該職務身分，則證人蔡信榮、傅百合等
22 人自不可能因此而陷於「派出所需求」、「供派出所使用」
23 之詐術而交付財物，足認其假借職務上之機會向證人蔡信
24 榮、傅百合詐取財物5萬元得逞，是核被告徐洪貴此部分
25 所為，係犯貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務上
26 機會詐取財物罪。被告徐洪貴詐取之財物未逾5萬元，應依
27 貪污治罪條例第12條之規定減輕其刑。

28 三、原審就被告徐洪貴詐取5萬元部分予以論科，固非無見，惟
29 查此部分被告應構成貪污治罪條例第5條第1項第2款之利
30 用職務上機會詐取財物罪，原審認向民眾募集款項非被告之
31 職掌範圍，認其並未利用其職務上之機會或職務上衍生之機

會向民眾詐取財物，認被告此部分僅構成刑法第134條、第339條第1項之公務員假借職務上之機會故意犯詐欺取財罪，尚有違誤，被告徐洪貴上訴否認犯詐欺取財罪，雖無理由，惟檢察官上訴主張被告徐洪貴應構成貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務上機會詐取財物罪，為有理由，原判決此部分既有可議，原判決此部分暨定執行刑部分自應予撤銷改判。審酌被告徐洪貴身為人民祿姆，肩負維持治安、取締不法職務之警察，竟不知清廉自持，為圖一己私利，假藉職務上之機會詐取財物，嚴重損害警務人員形象及社會大眾對於公務員執行職務公正之信賴性，所為本應從嚴論處，惟念其並無任何前科紀錄素行尚可，有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份在卷可稽（院一卷第17頁），兼衡其於自稱之教育程度為臺灣警察學校112期畢業、已婚、目前警察工作停職中、停職前月薪含加班費約8萬7千元、目前沒有扶養父母或年幼子女（原審二卷第208頁），從警多年，工作期間年終考績多為甲等，亦多有嘉獎，有被告陳報之警察人員人事資料簡歷表1份附卷可考（原審二卷第237至240頁），嗣後於106年7月間調查時已將詐得之5萬元歸還蔡信榮，所生損害已有減輕及其犯罪動機、目的、手段、所圖得財物數額等一切情狀，量處有期徒刑3年8月，並依貪污治罪條例第17條之規定，宣告褫奪公權2年。被告徐洪貴所詐得之現金5萬元，屬被告之犯罪所得，該現金5萬元已於106年7月8日由被告將錢歸還蔡信榮，蔡信榮已將1萬元歸還友人林照純家屬，傅百合於104年11月6日將許劉金蘭捐贈之3萬元歸還許劉金蘭等情，業如前述，足認被告本件貪污犯行之犯罪所得，業已實際合法發還被害人，則依刑法第38條之1第5項規定，爰均不予宣告沒收或追徵。至高雄市調處於106年11月22日持搜索票到徐洪貴之住處及其現任職旗山分局內之辦公桌搜索，扣得捐款收據、郵局存摺、電腦資料影本等物，均非被告所詐得之財物，亦非違禁物，復無證據證明與本件犯罪有關，均不予宣告沒收，附此敘明。

參、改判無罪部分：

一、公訴意旨略以：被告徐洪貴竟假藉其為嶺口派出所所長之職務上之機會，並意圖為自己不法之所有，於104年5月間，向嶺口派出所轄區內南勝聖母堂負責人蔡信榮稱派出所備勤室需要電視機供派出所同仁使用，希望聖母堂能幫忙等情，蔡信榮信以為真陷於錯誤而答應捐贈後，由蔡信榮之妻傅百合於104年5月10日到大賣場購買價值新臺幣（下同）10,900元之電視機1台，蔡信榮再連絡徐洪貴前往聖母堂將電視機載回，徐洪貴於收受該電視機後，並未將該電視機放置於其所稱之派出所備勤室供派出所同仁使用，反將之挪為私用，因認被告徐洪貴此部分亦涉有貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務上機會詐取財物罪嫌。

二、公訴人認被告徐洪貴此部分涉有貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務上機會詐取財物罪嫌，係以此部分事實有被告徐洪貴之供述，及証人即捐贈者蔡信榮、傅百合夫婦之陳述，及証人即嶺口派出所警員陳丁奇、曹希賢、朱榮春之陳述，並有電視機相片可稽等情，為其論據。

三、訊據被告徐洪貴固坦承自蔡信榮處收受電視機1台，惟矢口否認有詐欺的故意及不法之意圖，辯稱：電視機係先將所長寢室內家裡的舊電視機搬至備勤室供同仁使用，之後才將新電視機搬到所長寢室內觀看使用，電視機仍在派出所內，並非搬回家，沒有據為己有之意等語。經查：証人即嶺口派出所警員陳丁奇於偵查中陳稱：所長沒有辦公室，辦公桌跟我們一起，所長寢室平常是鎖起來的，所以我也沒有進去過所長寢室，也不知道裏面擺什麼」等語（見偵查卷第127頁）；陳丁奇於調詢中亦陳稱：我是直到旗山分局督察組巡官來查之後，才知道有一台電視機擺放在槍械室旁邊的櫃子裡，我也是聽巡官講，才知道電視機是聖母堂捐贈的等語（見偵一卷第115頁）；証人即嶺口派出所警員曹希賢於調詢中陳稱：政風室派員會同督察組長等人前來嶺口派出所調查聖母堂捐贈電視機的事情時，質問所長徐洪貴聖母堂捐贈的電視

機位於何處，徐洪貴才從派出所槍械室的櫃子裡搬出電視機等語（見偵一卷第132頁）；証人即嶺口派出所副所長林志偉於調詢中陳稱：在今年7月初時，所長有跟我的說，聖母堂在104年時有捐一台32吋的電視機，他說放在他的寢室，他說他寢室原本的一台舊型電視機有搬到二樓寢室給同仁看，要我問行政組如何辦理捐贈」等語（見他字卷第35頁）。查一般派出所所長之寢室，是設在派出所內，本件嶺口派出所所長之寢室，亦設在派出所內，該台聖母堂捐贈的電視機係擺在所長寢室供所長觀看，電視機並未被搬出派出所外，又一般機關首長宿舍、公務員職務宿舍亦擺放有電視機、冰箱等日常用具，供居住之公務人員使用，本件電視機既擺在嶺口派出所內與派出所相連之所長寢室，自遽難指被告徐洪貴有不法所有之意圖而向聖母堂詐取該台電視機，此外復查無其他確切証据証明被告徐洪貴有此部分向聖母堂詐取該台電視機情事，其此部分犯罪即屬不能証明。

四、原審不察，此部分遽予論科，尚有未恰，檢察官上訴謂此部分應依貪污治罪條例論處，雖無理由，惟被告徐洪貴上訴指摘原判決此部分不當，為有理由，原判決此部分自應予撤銷，並改為被告徐洪貴此部分無罪之判決，以免冤抑。

據上論結，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段、第301條第1項，貪污治罪條例第5條第1項第2款、第12條第1項、第17條，判決如主文。

本案經一審檢察官陳俊宏提起公訴，二審檢察官高碧霞到庭執行職務。

中 華 民 國 108 年 3 月 13 日
刑 事 第 三 庭 審 判 長 法 官 涂 裕 斗
法 官 簡 志 瑩
法 官 張 盛 喜

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受本判決後10日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴理由者，並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書

狀（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。
中 華 民 國 108 年 3 月 13 日
書記官 黃琳群

附錄本判決論罪科刑法條：

貪污治罪條例第5條第1項第2款

有下列行為之一者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣6千萬
元以下罰金：

二、利用職務上之機會，以詐術使人將本人之物或第三人之物交
付者。

【卷證目錄】

1. 高雄市政府警察局旗山分局高市警旗分偵督字第0000000
00000號卷 (警卷)
2. 高雄市政府警察局旗山分局嶺口派出所辦公費核銷單據卷
3. 法務部調查局高雄市調查處高市肅字第10768504750號卷
(調查卷)
4. 橋檢106年度他字第2296號卷 (他一卷)
5. 橋檢106年度他字第2316號卷 (他二卷)
6. 橋檢106年度偵字第12235號卷一 (偵一卷)
7. 橋檢106年度偵字第12235號卷二 (偵二卷)
8. 橋檢107年度偵字第908號卷 (偵三卷)
9. 橋檢107年度查扣字第59號
10. 本院106年度聲羈字第294號 (聲羈卷)
11. 雄高分院106年度偵抗字第164號 (偵抗卷)
12. 原審107年度聲字第74號 (聲字卷)
13. 原審107年度訴字第21號卷一 (原審一卷)
14. 原審107年度訴字第21號卷二 (原審二卷)