

最高法院刑事判決

114年度台上字第3467號

上訴人 徐永煌

選任辯護人 陳世淙律師

李平勳律師

蕭仰歸律師

上訴人 李權明

選任辯護人 陳思成律師

參與人 勝豐工程股份有限公司（原名稱：呈品工程股份有限公司）

代表人 詹勝吉

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國114年3月26日第二審更審判決（112年度重上更二字第12號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署103年度偵字第2309、3878號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於其事實欄四所載徐永煌與李權明共同經辦公用工程收取回扣部分，以及對於參與人勝豐工程股份有限公司諭知沒收暨追徵部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

其他上訴駁回。

理 由

壹、撤銷發回部分

一、本件原判決認定上訴人徐永煌、李權明（下稱上訴人2人）有其犯罪事實欄（下稱事實欄）四所載之犯行均明確，因而撤銷第一審關於上訴人2人此部分之科刑判決，改判依想像競合犯規定，各從一重論處其2人共同犯貪污治罪條例第4條

01 第1項第3款之經辦公用工程收取回扣罪刑（均尚犯政府採購
02 法第87條第5項前段之意圖影響採購結果而借用他人名義投
03 標罪），均諭知褫奪公權，以及對徐永煌、參與人勝豐工程
04 股份有限公司（下稱勝豐公司）所為相關沒收及追徵之宣
05 告。固非無見。

06 二、被告以外之人於審判外之陳述原不得為證據，惟依刑事訴訟
07 法第159條之5規定，於當事人同意或不爭執其證據能力，且
08 經法院審酌該傳聞證據作成時之情況，認為適當者，始得例
09 外賦予其證據能力。卷查，原審受命法官行準備程序，訊
10 問：「對於歷審判決所引用之供述證據、非供述證據是否同
11 意作為本案證據使用？」徐永煌之辯護人答稱：「再具狀陳
12 述」等語，嗣具狀爭執被告以外之人於法務部廉政署廉政官
13 詢問（下稱廉詢）陳述之證據能力，有原審準備程序筆錄及
14 刑事準備(一)狀可稽（見原審重上更二卷一第194、252頁），
15 足認徐永煌否認李權明於廉詢時之陳述之證據能力。惟原判
16 決卻認徐永煌未爭執李權明上開審判外陳述之證據能力，而
17 依刑事訴訟法第159條之5之規定，認該審判外之陳述有證據
18 能力，並以之作為認定徐永煌此部分犯行主要證據之一（見
19 原判決第8、30至32頁）。自有與卷內資料不相適合及悖於
20 證據法則之違誤。

21 三、稽之卷內資料，第一審受命法官行準備程序，訊問李權明及
22 其辯護人對於李權明供述之證據能力之意見，李權明答稱：
23 「請律師替我回答」等語，辯護人稱：「如今日準備書狀所
24 載，原則上只就證人徐耀勇於調查官訊問（按應指廉詢）
25 時，及檢察官偵訊（下稱偵訊）時所為不利被告李權明之指
26 訴，我們認為是審判外的陳述，並無證據能力。我們補充一
27 個部分，被告李權明自己於偵查中所為不利自己的陳述，我
28 們認為非出於任意性，且跟客觀事實不相吻合，我們認為並
29 無證據能力，其餘供述證據之證據能力，我們都不爭執，同
30 意做為本案證據使用」等語（見第一審卷一第288頁正反面）
31 面）。原審上訴審受命法官行準備程序時，訊問李權明及其

辯護人，對於李權明在廉詢、偵訊及第一審所為供述之意見時，李權明答稱：我於一開始偵查，是因為當天要出國，凌晨3點起來，還沒6點被廉政官帶走，一直等到晚上10點才訊問，訊問到隔天早上，身體狀況不是很好，才會順著訊問人的問話回答等語。辯護人則稱：我們主張李權明於民國103年5月7日及5月8日廉詢及偵訊時有疲勞訊問的情形，認無證據能力等語（見原審上訴卷二第5頁）。至審判期日，經審判長詢以：對李權明於調查、偵查、羈押訊問、第一審及原審之供述有何意見？李權明稱：請律師回答。辯護人答稱：李權明在廉詢時有疲勞訊問的情形，依照刑事訴訟法規定，沒有證據能力，相關的論述意旨請參照刑事準備程序狀，其餘沒有意見等語（見原審上訴卷七第192、193頁）。原審更一審審判程序，經審判長訊問：對被告自己及同案被告之前歷次供述所言有無意見陳述時，李權明之辯護人稱：關於李權明於廉詢及偵訊時所為不利陳述係出於疲勞訊問，不具任意性，且與客觀事實不符，不得採為證據使用，詳如刑事準備程序狀所載；縱然存在有新臺幣（下同）22萬元所謂回扣款項之交付問題，李權明一再於廉詢及偵訊時表示前開款項是管理費，且是交付給廣豐營造有限公司（下稱廣豐公司）人員，此部分與起訴書及原審判決認定之事實不同，李權明對於本件被訴之犯罪事實並無自白等語。李權明稱：同辯護人所述等語（見原審重上更一卷四第85至89頁）。原審更二審審判程序，經審判長詢及對被告自己及同案被告在警詢、偵查、原審、本院歷次所為之陳述內容是否清楚？有何意見？李權明之辯護人答稱：李權明於廉詢、偵訊所述引用之前意見等語（見原審重上更二卷二第355、356頁）。足認李權明及其辯護人歷審一再爭執李權明於廉詢及偵訊所為不利於己供述之證據能力。惟原判決卻認李權明除對於徐耀勇審判外陳述之證據能力有所爭執外，並未爭執其餘證據之證據能力，而認李權明上開不利於己之供述具有證據能力，並以之作為認定李權明此部分犯行主要證據之一（見原判決第

8、30至32頁）。同有與卷內資料不相適合及悖於證據法則之違誤。

四、上訴人2人此部分上訴意旨，為有理由。原判決關於上訴人2人共同經辦公用工程收取回扣部分，既有上開違背法令之情形，且影響於事實之確定，本院無可據以自為裁判，應認原判決關於上訴人2人上開部分有撤銷發回更審之原因。至原判決認上訴人2人此部分同時犯政府採購法第87條第5項前段之意圖影響採購結果而借用他人名義投標罪，雖為不得上訴第三審之案件，惟與得上訴第三審之經辦公用工程收取回扣部分，有想像競合犯之裁判上一罪關係，基於審判不可分原則，應一併發回。

五、刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定：「對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。」亦即被告違法行為存在，為沒收第三人（參與人）財產前提要件之一，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於被告違法行為之判決，於上訴後經上訴審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，造成裁判上之矛盾，非但有損裁判公信力，且滋生沒收裁判執行上之困擾，故對本案關於違法行為之裁判合法上訴者，其效力應及於相關之第三人（參與人）財產沒收部分。本件上訴人2人對經辦公用工程收取回扣部分合法上訴，關於原判決對參與人勝豐公司因上訴人2人此部分違法行為而取得之犯罪所得諭知沒收及追徵部分，勝豐公司雖未提起上訴，該公司被諭知沒收及追徵部分仍為上訴人2人此部分判決上訴效力所及，而其依附之前提即上訴人2人此部分之判決既經本院撤銷發回，為避免沒收裁判確定後，其所依附之前提即關於上訴人2人此部分違法行為，於發回後經原審法院變更而動搖該沒收裁判之基礎，而造成裁判上矛盾，故原判決關於勝豐公司所為相關沒收及追徵宣告部分，亦應併予發回。

貳、上訴駁回部分

01 一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決
02 違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
03 決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未
04 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
05 適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
06 三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違
07 背法律上之程式，予以駁回。

08 二、本件原審審理結果，認定上訴人徐永煌有如事實欄三所載之
09 犯行明確，因而撤銷第一審判決關於徐永煌此部分之科刑判
10 決，改判論處其犯貪污治罪條例第6條第1項第4款之對於主
11 管事務違法圖利罪刑，並諭知褫奪公權。已詳敘此部分調
12 查、取捨證據之結果及憑以認定犯罪事實之理由。

13 三、徐永煌上訴意旨略以：

14 (一)原審審判程序進行時，審判長為被訴事實訊問時，並非檢察
15 官起訴書所載之犯罪事實（下稱起訴事實），而是前經最高
16 法院撤銷發回的前審有罪判決書所載之事實，違反覆審制精
17 神，踐行之訴訟程序違法。且在歷次準備程序及審判程序前
18 半段，皆聚焦於其是否圖利大京工程顧問股份有限公司（下
19 稱大京公司）或李權明，卻突然在審理中改以元裕工程技術
20 顧問有限公司（下稱元裕公司）負責人陳錦松為證人，職權
21 介入調查元裕公司因借牌所得利益，在此之前未曾告知徐永
22 煌涉犯圖利元裕公司之事實，逕以陳錦松之證言對徐永煌為
23 不利之認定，造成突襲性裁判，無益剝奪其受憲法保障之訴
24 訟防禦權。

25 (二)原判決既然就起訴事實所載徐永煌圖利大京公司部分，認定
26 大京公司於扣除人事成本後並未獲得實質不法利益（即圖利
27 大京公司部分不成立犯罪），即與未經起訴之圖利元裕公司
28 部分，不生犯罪事實一部與全部之關係。關於圖利元裕公司
29 部分，自不得審判。原審逕予論罪科刑，顯有就未經起訴之
30 犯罪審判之違法。

01 (三)其與辯護人於原審縱未爭執被告以外之人於審判外陳述之證
02 據能力，然該等審判外陳述並非因此而當然具有證據能力。
03 原判決未綜合該等審判外陳述製作當時之過程、內容、功能
04 等情況，是否具備合法可信之適當性保障等判斷作成時之狀
05 況是否適當之法定必備要件，予以具體判斷，僅以其及辯護
06 人均未爭執，即採納證人陳湘蓁、林雅芳（均為廣豐公司員
07 工）、黃見裕（通宵鎮公所建設課課長）、陳錦松、李權明
08 偵訊時之供述作為本件證據使用，有理由不備及適用法則不
09 當之違法。又徐永煌與李權明於101年10月16日對話之通訊
10 監察譯文（下稱通訊監察譯文），並未記載製作人、該製作
11 人之簽名及註明其所屬之機關，原判決未說明何以上開公務
12 員違背法定程式製作之通訊監察譯文具有證據能力，逕引之
13 為本案證據使用，有理由不備之違法。

14 (四)依原判決之論斷，大京公司因遭停權而違法借用元裕公司名
15 義參與101年度通○○縣○○○○區域排水疏濬清淤工程
16 （第2次）委託規劃、設計及監造採購案（採購案號：acZ00
17 00000000，下稱101年排水疏濬清淤工程勞務採購案），於
18 徐永煌主觀認知上，得利者應為大京公司，尚難遽認其主觀
19 上有圖利元裕公司之故意。且元裕公司收取的25%借牌費用
20 係大京公司支付的報酬（屬於大京公司私下交易之內部關
21 係），並非來自通宵鎮公所。原判決對於徐永煌主觀上是否
22 具有圖利犯意、圖利對象（元裕公司）及利益計算之認定，
23 有理由不備、矛盾及調查未盡之違法。

24 (五)原判決以徐永煌親自於101年排水疏濬清淤工程勞務採購案
25 之開標、決標等公文文件上核章，作為認定其圖利之基礎。
26 但卷內公文所蓋之「鎮長徐永煌（甲）」章，係徐永煌授權
27 主任秘書或秘書保管使用之印章，並非徐永煌親自用印，原
28 審認定之事實顯與卷證資料不符，有理由矛盾之違法。

29 (六)原審依職權訊問陳錦松以釐清其所得利益，該證據形式上屬
30 於不利於徐永煌之證據，法院依法應先曉諭檢察官是否聲請

01 調查，或在調查前先給予當事人陳述意見之機會，原審逕行
02 訊問，於法不合。

03 (七)原判決關於此部分量刑時雖認圖利金額在5萬元以下，且因
04 訴訟程序逾8年，依貪污治罪條例及刑事妥速審判法（下稱
05 速審法）等規定，遞減輕其刑後，仍判處其有期徒刑2年10
06 月，量刑過重，有違罪刑相當、比例原則及理由矛盾之違
07 法。

08 四、法院之審判，固應以起訴之犯罪事實為範圍，惟起訴書關於
09 犯罪方法之記載或敘述，如無礙於特定犯罪事實之同一性，
10 且與犯罪構成要件、刑罰加減免除等事項不生影響，並得與
11 其他犯罪不致相混，足以表明其起訴之範圍者，即使記載未
12 詳，法院仍得就起訴之犯罪事實，在不妨害基本社會事實同
13 一之範圍內，認定事實，適用法律。又我國刑事訴訟法之第
14 二審採覆審制，就案件經合法上訴之部分，應依其調查證據
15 之結果，本於心證而認定事實及適用法律。

16 (一)卷查，原審於112年12月14日行準備程序時，受命法官已就
17 起訴書及歷審判決書所認定之犯罪事實，訊問徐永煌及辯護
18 人是否為認罪之答辯。嗣於審判期日時，審判長就徐永煌被
19 訴關於事實欄三所載主管事務違法圖利之事實，訊問徐永煌
20 並予其辨明之機會，至調查證據完畢後，並諭知：本件圖利
21 部分有無圖利元裕公司、大京公司、李權明，所圖利對象亦
22 請一併辯論等語。是原審已於言詞辯論終結前告知被訴事
23 實，徐永煌及其辯護人已得知悉，並有充分表達及辯護之機
24 會。縱審判筆錄關於此部分被訴事實其中部分文字與起訴事
25 實四、(一)部分之事實，在枝節部分有些許不一致之處，然對
26 於徐永煌防禦權之行使，並無妨礙。自無徐永煌上訴意旨(一)
27 所指原審訴訟程序違背法令之違法情形。

28 (二)起訴事實四、(一)所載內容，係指徐永煌明知大京公司借用元
29 裕公司名義參與101年排水疏濬清淤工程勞務採購案投標並
30 得標，仍同意決標、驗收、付款給元裕公司，使大京公司因
31 而獲得不法利益，並記載元裕公司因此取得通宵鎮公所支付

款項其中25%之金額等語。起訴範圍自然包含徐永煌圖利元裕公司部分，不因起訴書犯罪事實四、(一)列於「四、徐永煌圖利大京公司之部分」標題下，而認起訴範圍僅限於徐永煌圖利大京公司之犯行。原判決本於調查證據之結果，將第一審認定徐永煌此部分圖利之對象僅大京公司，而有不當之判決撤銷，在檢察官起訴之基本犯罪事實範圍內，變更第一審所為部分事實之認定。並說明：起訴書雖未指明徐永煌圖利元裕公司一節，惟已記載徐永煌如何因大京公司負責人李權明支付費用向元裕公司違法借牌投標而犯對於主管事務違法圖利罪等犯罪事實，且此部分犯罪事實與起訴事實關於徐永煌圖利部分屬事實上一罪，自應逕予審究之旨甚詳。於法並無不合。原判決所認定之事實，仍屬起訴事實四、(一)記載之同一社會基本事實，亦無徐永煌上訴意旨(二)所指有未受請求之事項予以判決之違法。

五、刑事訴訟法第159條之5規定，依其立法理由載明：由於此種同意制度係根據當事人的意思而使本來不得作為證據之傳聞證據成為證據之制度，乃確認當事人對傳聞證據有處分權之制度。為貫徹本次修法加重當事人進行主義色彩之精神，固宜採納此一同意制度，作為配套措施。然而吾國尚非採澈底之當事人進行主義，故而法院如認該傳聞證據欠缺適當性時（例如證明力明顯過低或該證據係違法取得），仍可予以斟酌而不採為證據，爰參考日本刑事訴訟法第326條第1項之規定，增設本條第1項等語。原判決適用該條規定，經審酌陳湘蓁、林雅芳、黃見裕、陳錦松、李權明偵訊時陳述之證明力是否明顯過低，以供各該審判外陳述是否採為證據，而為其證據能力有無之認定。原判決行文雖較簡略，惟於其認有證據能力之判決結果無影響。並無徐永煌上訴意旨(三)所指理由不備之違法情形。

六、犯罪調查機關依法實施監聽所製作之通訊監察譯文，乃監聽錄音內容之顯示，為學理上所稱之「派生證據」，屬於文書證據之一種，固應依規定記載製作之年月日及其所屬機關名

01 稱，並由製作人簽名。惟若有漏載上述事項或製作人漏未簽
02 名者，如不影響該譯文與錄音內容之同一性，被告或訴訟關
03 係者就此亦不爭執，且經法院踐行法定證據調查程序，即得
04 據為判斷之基礎。卷查，原審受命法官行準備程序，訊問：
05 「對於歷審判決所引用之供述證據、非供述證據是否同意作
06 為本案證據使用？」徐永煌之辯護人答稱：「再具狀陳述」
07 等語，嗣具狀爭執被告以外之人於廉詢陳述之證據能力，然
08 表示不爭執非供述證據之證據能力，僅爭執其證明力，且將
09 「(三)李權明於101年10月16日下午4時30分以其持用之000000
10 0000號行動電話撥打被告（按指徐永煌）之賴姓司機所持用
11 之0000000000號行動電話，雙方通話內容如通訊監察譯文所
12 載（見103年度廉查中字第48號卷七第25、26頁）」列為不
13 爭執事項。至審判期日，經審判長先詢以：「有關證據能
14 力、調查範圍、次序及方法是否如準備程序所言？或有無其
15 他補充？」徐永煌及辯護人均答稱：如準備程序所述，沒有
16 補充等語。嗣經審判長提示通訊監察譯文並告以要旨後訊問
17 有何意見時，徐永煌稱：請辯護人回答。辯護人均稱：同前
18 所述及歷次所載等語，有原審準備程序、審判筆錄及刑事準
19 備(一)、(二)狀可稽。足見徐永煌及辯護人對於通訊監察譯文之
20 同一性並無爭執，僅爭執其證明力，亦未主張通訊監察譯文
21 有未記載製作日期、所屬機關並由製作人簽名等瑕疵。從
22 而，原判決採為認定徐永煌此部分犯罪事實之部分證據，於
23 法並無不合。又徐永煌於原審並未主張通訊監察譯文未依規
24 定格式製作，於法律審之本院始為此主張執以指摘原判決違
25 法，顯仍非適法之第三審上訴理由。

26 七、證據之取捨、證明力之判斷及事實之認定，俱屬事實審法院
27 之職權，此項職權之行使，倘不違背客觀存在之經驗法則或
28 論理法則，並已論敘其何以作此判斷之理由者，即不生判決
29 違背法令之問題。

30 (一)本件原判決認定徐永煌有事實欄三所載對於主管事務違法圖
31 利之犯行，係依憑徐永煌之部分供述、李權明、陳錦松、證

01 人黃國瑛（101年排水疏濬清淤工程勞務採購案所在地三光
02 里之里長）、通訊監察譯文等證據資料，相互勾稽結果，說
03 明：1.依徐永煌之供述及法務部廉政署人事資料調閱單，可
04 知徐永煌自99年3月1日起擔任通霄鎮鎮長，綜理通霄鎮業
05 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
06 權限之公務員。2.依徐永煌之供述、李權明、黃見裕、陳錦
07 松、黃國瑛之證言，卷附通霄鎮公所工程規劃、設計、監造
08 委託契約書、預算書、拒絕往來廠商網路列印資料及通訊監
09 察譯文等相關證據資料，可知徐永煌於101年10月16日下午4
10 時30分許與李權明通話時，已知悉通霄鎮公所辦理101年排
11 水疏濬清淤工程勞務採購案，是大京公司負責人李權明違法
12 借用元裕公司名義參與後，竟未依政府採購法之規定，報請
13 上級機關核准不予終止或解除契約，亦未指示承辦人員辦理
14 終止或解除契約，反而任由大京公司履行服務項目，並指示
15 通霄鎮公所不知情的承辦人員驗收、付款，其主觀上具有圖
16 利之犯意。3.關於圖得不法利益部分，則依李權明、陳錦松
17 之證言，參酌通霄鎮公所函文、統一發票、元裕公司帳冊等
18 相關證據資料而為計算，就通霄鎮公所實際支付元裕公司之
19 款項，乘以陳錦松與李權明事先約定之25%，再扣除稅捐
20 後，元裕公司因而獲得不法利益為16,852元。至大京公司分
21 得之款項少於其支出之人事成本，此部分尚不生圖利之結
22 果。另針對徐永煌及辯護人所為：徐永煌不知大京公司被公
23 共工程委員會停權，且101年排水疏濬清淤工程勞務採購案
24 的審標、決標亦非由其決定，其簽核該勞務採購案相關公
25 文，僅屬事後經告知發包之核備性質，透過黃國瑛才誤認該
26 案工程是由李權明經營之大京公司得標等辯詞及辯護意旨，
27 說明如何不足採納等旨，依調查所得詳予論駁。所為論斷說
28 明，俱有各項證據資料在卷可稽。原審既係綜合調查所得之
29 各直接、間接證據，本於事實審採證認事之職權行使及推理
30 作用，予以判斷而為認定，並未違背經驗、論理及證據法
31 則。又依原審審判筆錄之記載，審判長詢以「有無其他證據

提出或聲請調查？」徐永煌及辯護人均答稱：「沒有」等語。則原判決綜合案內證據資料，依調查所得，認定徐永煌確有此部分犯行，業已闡述所憑依據及理由，無不明瞭之處，而以事證明確，未為其他無益之調查，自無徐永煌上訴意旨(四)所指判決理由矛盾、不備或調查未盡之違法情形。

(二)公務行政上之「職名章」係機關內部識別職位及表彰個人名義之印章，各機關首長及一級單位主管得因業務需要增刻職名章授權代判，通常以「甲」、「乙」、「丙」等字樣區別，授權專人保管，限於授權範圍內使用，然授權人對保管人於授權範圍內之決策，仍負督導之責。授權人倘有前述實質上具有參與決定、辦理採購程序之權限，足以影響採購結果之情形，究不得以其並非實際蓋用該授權職名章之人，即謂其並非經辦或購辦之人，藉詞脫免其應負之責。原判決已說明：由101年排水疏濬清淤工程勞務採購案之開標紀錄、議價決標紀錄、採購底價表、契約書等均由徐永煌核章，認定徐永煌為通霄鎮鎮長，為採購機關的代表人，具核准辦理採購、招標、決標、簽約、核撥履約金等權限等旨，於法並無不合，亦未認定徐永煌為「親自」核章之人。徐永煌上訴意旨(五)並非依據卷內資料而為指摘，同非適法之第三審上訴理由。

八、刑事訴訟法第163條第2項規定：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查。」該條項前段所稱「法院得依職權調查證據」，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白，仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。而該條項但書所謂「公平正義之維護」，專指利益被告而攸關公平正義者而言，至案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，法院得依刑事訴訟法第273條第1項第5款之規定，曉諭

檢察官為證據調查之聲請。此乃落實檢察官應負實質舉證責任之規定，並基於公平法院原則，限縮法院應依職權調查證據之範圍，惟未限制法院介入調查不利被告之證據。法院於具體個案，除曉諭檢察官為證據調查之聲請，俾符刑事訴訟法第163條第1項因當事人之聲請而為調查之規定外，尚可依同條第2項前段規定，依職權介入調查，此調查職權發動與否，法院仍得裁量，祇是檢察官不得依同項但書規定主張法院應依職權調查不利被告之事項，並據以指摘法院有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，藉以豁免檢察官之舉證責任而已，非謂法院均不得調查對於被告不利之事項。是法院依刑事訴訟法第163條第2項前段行使其補充、輔佐性之調查職權，縱屬調查不利被告之事項，亦不得指為違法。又刑事訴訟法第163條第3項規定，法院依該條第2項為職權調查證據前，應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會，旨在強化當事人進行色彩後之刑事訴訟架構中，法院依職權調查證據僅具補充性、輔佐性，為確保超然、中立之立場，法院於調查證據前，應先給予當事人等陳述意見之機會。是該條項之規定，係為維護當事人之權益，當事人非不得放棄。故而於法院未依該項規定予當事人等陳述意見之機會，即逕依職權調查證據，如當事人未異議，當視同放棄權利，該訴訟程序違法之瑕疵，即因訴訟程序之接續進行，視為已治癒。卷查，原審未踐行予檢察官、徐永煌及辯護人陳述意見機會之程序，即依職權傳喚陳錦松到庭作證，所行之訴訟程序，於法雖有未合；惟原審於訊問陳錦松後，經審判長詢以：對於證人之陳述有何意見？檢察官、徐永煌及辯護人表示沒有意見，均未異議，有審判筆錄可稽。依上開說明，該訴訟程序違法之瑕疵，業經治癒。從而，原判決以徐永煌及辯護人未爭執陳錦松上開陳述作為本案證據使用，據以認定徐永煌此部分犯罪事實之依據。於法並無不合。徐永煌上訴意旨(六)執此指摘原判決違法，自非適法之第三審上訴理由。

01 九、刑之量定，屬事實審法院得依職權裁量之事項。原判決關於
02 徐永煌事實欄三部分之量刑，先依貪污治罪條例第12條第1
03 項、速審法第7條之規定，遞減輕其刑，已以其之責任為基
04 礎，具體斟酌刑法第57條所列各款事項，在罪責原則下行使
05 其量刑之裁量權。經核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不
06 利之科刑資料，就徐永煌之犯罪動機、目的、手段、所生危
07 害、犯罪後態度、素行、智識程度、家庭生活狀況等各情，
08 併列為量刑之綜合審酌因素，客觀上並未逾越法定刑度，亦
09 與罪刑相當原則、比例原則無悖，更無理由矛盾之違法可
10 言。徐永煌上訴意旨(七)係就原審量刑職權之適法行使及原判
11 決已斟酌說明之事項，依憑己意而為指摘，同非合法之第三
12 審上訴理由。

13 十、綜合前旨及徐永煌其餘上訴意旨，均係就原審採證認事及量
14 刑職權之適法行使，以及原判決已明確論斷說明之事項，暨
15 不影響於判決結果之枝節問題，徒以自己之說詞指為違法，
16 要與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。
17 應認徐永煌此部分之上訴違背法律上之程式，予以駁回。

18 十一、刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定：「對於本案之判
19 決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決」。係以對本
20 案判決之上訴屬合法為前提。徐永煌此部分提起之第三審
21 上訴既非合法，應從程序上予以駁回，則其上訴之效力自
22 不及於原判決對於參與人元裕公司、大京公司之財產分別
23 諭知沒收、追徵及不予沒收部分。從而，本院無須於本判
24 決之當事人欄記載原審之參與人元裕公司、大京公司，併
25 此說明。

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

28 中 華 民 國 115 年 6 月 24 日

29 刑事第四庭審判長法官 李英勇

30 法官 楊智勝

31 法官 高玉舜

01

法 官 楊皓清

02

法 官 林怡秀

03

本件正本證明與原本無異

04

書記官 林怡靚

05

中 華 民 國 115 年 6 月 30 日