最高法院刑事判決

108年度台上字第3590號

上　訴　人　邱佳亮

選任辯護人　李永然律師

　　蕭仰歸律師

　　葉蓉棻律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國108年9月3日第二審判決（107年度上訴字第2114號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署106年度偵字第25537、26966、26979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。

二、上訴人邱佳亮上訴意旨略稱：㈠、原審民國108 年7月9日之審判筆錄，距前次審理期日已間隔15日以上，僅記載引用同年5 月21日之審判筆錄，未命檢察官及上訴人陳述上訴要旨，亦未重新踐行調查證據及訊問犯罪事實等程序，同日即辯論終結，踐行之訴訟程序違法；㈡、伊於第一審並未明白同意證人甘裕平、徐嘉位、游雅惠（下稱甘裕平3 人）於法務部廉政署（下稱廉政署）之陳述具有證據能力；辯護人於原審復爭執其證據能力，上訴人亦無明示同意之情形。原審逕認本件當事人同意其證據能力，有理由矛盾之違法；㈢、卷附各項書證，何者為書證，何者為物證，原判決未予究明、審認，無從就此部分適用證據法則之當否為審斷，理由欠備；㈣、原判決事實欄（下稱事實欄）二認定伊與甘裕平3 人

間無僱用或受僱之合意，理由又敘明：「議員與提交給議會之助理名單上之助理，即本案甘裕平3 人當存有僱用或受僱之合意，薪資數額亦屬合意範圍」等語（見原判決第32頁第23至25行），理由前後矛盾；㈤、證人桃園市議會（原為桃園縣議會，於103 年12月25日改制）秘書長孫惠生於原審關於其見聞經過之陳述，固應依證人身分具結，適用證人之相關規定，惟其關於依特別知識，報告判斷意見，乃鑑定人身分之陳述，應依鑑定人身分具結，原審僅命其具證人結文，欠缺鑑定人結文，採證程序違法；㈥、事實欄二部分，僅有共同被告甘裕平3 人之證言，欠缺補強證據；㈦、議員公費助理資格、聘用方式、人數、工作內容、時間、地點，並無法律明文規定，應由議員依需要自為決定。本件甘裕平3 人主觀上有擔任議員助理之真意，亦確有從事議員助理工作，伊並未拿取彼等擔任助理之薪資，或挪為私用。卷內相關證言相互矛盾，亦與相關帳戶交易明細資料不符之情形，原審復未查明伊究否收受議員助理薪資及數額。伊實際上以每月新臺幣（下同）2萬元及年終獎金3萬元之模式聘用江道遠等多人，而以他人名義申領之議員助理補助費支應，每月實際支付之薪資，已超過議會補助之24萬元上限，主觀上沒有不法所有之意圖。原判決有理由不備、矛盾、適用法則不當，併有調查未盡之違法；㈧、原判決援引案情不相同之他案，認貪污治罪條例第5 條第1項第2款稱職務上之機會包括由職務上所衍生之機會，且此機會不以職務上有決定權者為限，亦包括因職務上衍生之申領財物，作為駁回伊上訴第二審之理由，違背罪刑法定主義，又未說明所憑依據之實質內涵及因果關係，理由不備；㈨、原判決理由雖已說明，伊係利用議員身分所衍生之僱用助理職務之機會詐取財物，惟事實欄並無此部分之記載，致其前揭理由說明失所依據；㈩、伊以甘裕平3 人名義申領議員助理補助費之行為，究係數罪併罰或接續犯、集合犯，原判決未進一步闡述論析，有理由不備、調查未盡及適用法則不當之違法；㈩一、原判決關於支領出

席費、交通費及膳食費部分，可能因伊或伊服務處人員疏未辦理出國請假手續，亦可能因議會承辦人員漏登，伊誤而補簽，嗣後亦已將領得之款項退回，並無不法所有之意圖。原判決對此有利事證未說明不採之理由，調查未盡，違背證據法則，且理由不備；㈢、伊否認有收受甘裕平3 人申領之公費助理薪資及春節慰問金，彼等雖供稱有繳給伊，但究竟繳回若干，涉及犯罪所得金額之認定，原審未予查明，逕採甘裕平3 人所言予以沒收，有調查未盡之違法；㈣、附表一、二、三機關補助之勞、健保費、退休金提撥費之金額，已全額轉交衛生福利部中央健康保險署及勞動部勞工保險局，縱係犯罪所得，已非伊所有，原判決仍予沒收，適用法則不當，且有調查職責未盡及理由不備違法；㈤、原判決附表（下稱附表）一至三所示犯罪所得部分，認應各依刑法第38條之1 第1項前段、第3項宣告沒收，惟與第一審判決之主文宣示之內容不同，原判決未予糾正逕予駁回，於法有違等語。

三、本件原審審理結果，認為上訴人有事實欄二之㈠至㈢所載違反貪污治罪條例及使公務員登載不實；事實欄三所載違反貪污治罪條例之各犯行明確。因而維持第一審依想像競合關係從一重論處上訴人公務員共同犯利用職務上機會詐取財物（事實欄二之㈠至㈢）共3 罪刑；第一審論處上訴人公務員犯利用職務上機會詐取財物（事實欄三）罪刑，暨諭知沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。已詳敘其調查、取捨證據之結果及憑以認定各該犯罪事實之心證理由；並就上訴人否認犯行之供詞及所辯各語認均非可採，予以論述及指駁，與卷證資料悉無不合。

四、審判非一次期日所能終結者，除有特別情形外，應於次日連續開庭，如下次開庭因事故間隔至15日以上者，應依刑事訴訟法第293 條更新審判程序。所謂更新審判程序，係指審判程序之重新審理，依直接審理主義與言詞辯論主義精神，須重新進行之謂，其目的在使參與審判之法官獲得清晰明確之心證，並保障當事人之訴訟權益。卷查，原審審判長於 108

年5月21日行審判程序，業經當庭諭知更新審判程序，並經檢察官陳述上訴要旨及依法調查證據（見原審卷㈡第173至198頁）。審判長於同年7月9日進行之審判程序，於人別訊問之後，立即諭知：「本件更新審判程序」。嗣向當事人及辯護人詢問：「引用108年…5月21日審判程序筆錄，有何意見？」上訴人及辯護人均表示沒有意見（見原審卷㈢第10至11頁），審判長爰將該次筆錄全部內容重製於7月9日之審判筆錄內，當事人及辯護人在場亦未爭執審判長訴訟程序之指揮，審判程序隨之進行相關證人之交互詰問、犯罪事實之訊問暨言詞辯論程序。上訴人及辯護人對於檢察官之上訴範圍及相關證據之調查既均明瞭，自無礙其防禦權之行使，原審上開訴訟程序縱有部分如上訴意旨㈠所指之情形，顯於判決結果不生影響，仍不得執為合法之第三審上訴理由。

五、辯護人係被告基於信賴關係所選任，以協助被告享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障。其於訴訟上之權限，包括與被告間之「對內權限」及對法院或其他機關、其他人間之「對外權限」。前者，係指與被告之關係的權限，包括辯護人與被告接觸、往來（例如接見在押被告，或互通書信等），以期為被告有效之辯護。後者，概可分為基於被告明示或默示的授權之附隨代理權（例如代收文書、代到場、代出庭，或代為某特定之意思表示等）、無需被告授權但不得違背其明示意思之獨立代理權（例如聲請法院職員迴避、聲請繼續審判、提起上訴等）以及不受被告意思拘束而得獨立行使之固有權（例如於偵查訊問時在場、審判中檢閱卷宗及證物等）。準此，辯護人於訴訟上基於被告之授權，代為某特定之意思表示，只要性質或法律上允許，自得為之，其法律效果並及於被告本人。刑事訴訟法第159條之5之規定，係本於證據資料愈豐富，愈有助於真實發現的理念，乃於同法第 159條之1 至第159條之4以外，就當事人同意（明示或擬制）傳聞證據作為證據時，尊重當事人的證據處分權，由法院介入審查，在適合的情況下，特別賦予證據能力。被告上開同意

之意思表示，固得直接以言詞或書面為之，惟該訴訟行為於性質或法律上並不禁止辯護人代其為之。從而，被告對於供述證據之證據能力，自得當庭授權辯護人代為行使其處分權，因此所生之法律效果，並應及於被告。稽之卷內資料，本件第一審受命法官於準備程序詢以：「對於檢察官所提出之前開犯罪事實之證據方法，有何意見？」上訴人答以：「請律師回答。」辯護人蕭萬龍律師則答稱：「證據能力部分，沒有意見，同意作為證據。」等語（見第一審卷㈠第84頁）。上訴人既已授權在場之辯護人對於案內供述證據之證據能力有無表示意見，辯護人所為「同意」之意思表示，應認上訴人對於證據能力已經行使處分權。至當事人已明示同意作為證據之傳聞證據，並經法院審查其具備適當性之要件者，若已就該證據實施調查程序，即無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。此一同意之效力，既因當事人之積極行使處分權而告確定者，其於再開辯論或上訴至第二審或判決經上級審法院撤銷發回更審，仍不失其效力。原判決爰就所其引據被告以外之人於審判外之陳述，敘明：檢察官及上訴人於第一審均同意作為證據，經審酌該等證據作成之情況，並無違法取得情事，適於作為本件認定事實之依據，不受辯護人於原審再行爭執其證據能力之影響等旨，已說明甘裕平3人於廉政署之陳述，依刑事訴訟法第159條之5第1項之規定為有證據能力等情綦詳，並無上訴意旨㈡所稱理由矛盾之情形。至屬於物證範圍之書證，並無傳聞法則之適用，原則上具有證據能力，且上訴人亦未陳明其於原審審理時，曾主張何種屬物證範圍之書證為無證據能力，原審自無庸在判決中為無益之說明。上訴意旨㈡之指摘，要非適法之第三審上訴理由。

六、原判決本於內政部107年11月27日台內民字第1070083018號函示及證人孫惠生之證言，說明：㈠、議員助理比照立法院立法委員助理費撥付方式，由議員提交助理名單並載明助理補助費數額及助理本人帳號後，再由議會直接撥付至助理本

人帳戶，議員所遴用助理人員之雇主應為議員本人，非為議會；㈡、議員與提交給議會之助理名單上之助理，當存有僱用或受僱之合意，薪資數額亦屬合意範圍；㈢、議員助理費用，其數額由議會依照議員提交之金額撥付，並非議員薪資之實質補貼或是助理補助費之總額等旨（見原判決第32頁），係就原審辯護人關於公費議員助理之性質屬於議員薪資之實質補貼，或是助理補助費之總額之辯解認不足採之理由，並非認定上訴人與甘裕平3人間存有僱用或受僱為議員助理之合意，當無上訴意旨㈣所稱理由矛盾之情形。又原判決引用證人孫惠生於原審之證言（見原判決第32頁第15至22行），係證人親自見聞之陳述，並非其依特別知識，報告之判斷意見，原審未令其以鑑定人身分具結，亦無上訴意旨㈤所指之違法可言。

七、原判決係依憑上訴人部分之供詞，證人蘇桂蘭、孫惠生、徐美如、曾建華及甘裕平3人之證言，及卷附甘裕平3人之公費助理聘書、桃園市議會議員自聘公費助理遴聘異動表、桃園市議會提供之「議員公費助理費用撥付名冊」、「議員公費助理薪俸印領清冊」、「議員公費助理春節慰勞金印領清冊」、「臺灣銀行薪資轉存存款單」、上訴人議員服務處製作之「議員公費助理勞保費清冊」、「議員公費助理健保費清冊」、「議員公費助理勞工退休金提繳費清冊」、上訴人議員公費助理甘裕平3人之勞保費、健保費、勞工退休金提繳費之臺灣銀行薪資轉存單、桃園市議會撥付甘裕平3人申報公費助理人頭期間之費用彙整表、臺灣銀行平鎮分行上訴人帳戶開戶資料及交易明細、臺灣銀行建國分行甘裕平帳戶開戶資料及交易明細、渣打銀行新屋分行帳戶開戶資料、交易明細及附表一之1所示甘裕平指認之交易傳票、桃園市議會撥付甘裕平申報公費助理人頭期間之費用彙整表、勞動部勞工保險局提供之甘裕平等7人之勞工保險被保險人投保資料表等證據資料，詳加研判，認定上訴人有事實欄二所載共同基於利用職務上機會詐欺取財等犯行，並依調查證據所得之

直接、間接證據為合理推論，相互勾稽，就如何認定：㈠、甘裕平係依上訴人指示提供國民身分證影本、臺灣銀行帳戶供上訴人作為公費助理人頭帳戶使用，申報為公費助理期間，並未實際從事議員助理工作；甘裕平對議會匯入其臺灣銀行帳戶之議員公費助理薪資（包括春節慰問金），並無支配權，須全數提領後繳回上訴人；㈡、上訴人與徐美如明知徐嘉位並未實際從事議員助理工作，徐美如為使徐嘉位得以參加勞工保險及國民健康保險，遂向上訴人表明以徐嘉位名義向桃園市議會申請為議員助理，使徐嘉位得以參與保險，而桃園市議會撥發公費助理薪資（包括春節慰問金）則由徐美如取得後，悉數交與上訴人；㈢、上訴人明知游雅惠為其僱用之邱地政士事務所員工，並未實際從事議員助理工作，竟以游雅惠名義向桃園市議會申報為公費議員助理；游雅惠則將議會匯至其臺灣銀行帳戶之公費助理薪資（包括春節慰問金）領出，並經由蘇桂蘭交給上訴人等情，詳為論述，記明所憑。並無上訴意旨㈥所指欠缺補強證據之情形。原判決並就上訴人否認犯行及所辯各節，何以不足採信，亦皆於理由內詳為論述、指駁。所為論斷，俱有卷內資料可資佐證，係合乎推理之邏輯規則，尚非原審主觀之推測，核與證據法則無違，亦無理由不備或矛盾及調查職責未盡之違法情事。上訴意旨㈦之所指，則係就原審採證、認事職權之適法行使及已經說明之事項，徒以自己之說詞，重為指摘，核與法律規定得為第三審上訴理由不相適合。

八、原判決認定：上訴人明知依地方民意代表費用支給及村里長事務補助費補助條例第6條之規定，議員之公費助理補助費均由桃園市議會編列預算支付，並非議員實質薪資範圍，必須議員遴用助理有案，且實際從事選民服務等議員助理事務者，始得依上開規定支給助理費用，而為本件犯行。並說明：議員依上開條例第6條規定僱用助理，乃由議員身分所衍生之職務，上訴人利用擔任議員之機會，分別與甘裕平3人共同向桃園市議會申報為其議員公費助理，並各自載明甘裕

平3人每月支領金額之記載送交桃園市議會，致不知情亦不具實質審查權之桃園市議會行政人員、出納人員等承辦公務員陷於錯誤，而依上訴人所指示申報如數核發附表一、二、三所示金額，所為係犯貪污治罪條例第5條第1項第2款之公務員利用職務上之機會詐取財物罪等旨。依原判決事實之認定，所適用之法律並無違誤，亦無理由不備之違法。上訴意旨㈧、㈨執此所為指摘，亦無足取。

九、第三審法院應以第二審判決所確認的事實為判決基礎，以判斷其適用法律之當否，觀諸刑事訴訟法第394條第1項前段規定即明。而犯罪態樣究竟屬於集合犯、接續犯之包括的一罪，或單純可以獨立成罪的情形，抑或係基於一個意思決定，一個實行行為，發生侵害數個法益的結果，而屬想像競合犯的一行為；或出於各別犯意，而為先後可分、各具獨立性、侵害不同法益，應數罪併罰的數行為等各情，俱屬事實審法院採證認事職權的行使，倘不違背客觀存在的經驗法則或論理法則，並無違法可指。依原判決事實之認定及其理由之說明，係以上訴人所為如事實欄二之㈠至㈢所示各罪，期間有別、對象不同、犯意個別、行為相異，而認應分論併罰。依原判決所確認之事實，其適用法律並無不合。上訴意旨㈩執此指摘原判決違法，自非上訴第三審之適法理由。

十、原判決係綜合上訴人部分之供詞，證人邱碧娥、徐宗煌之證言，附卷上訴人入出境資料、桃園市議會第1屆第3次定期會出席費清冊、交通費及膳食費清冊、上訴人議員簽到簿、105年上半年度桃園市議員報備出國之議員出國紀錄、上訴人渣打銀行優先理財無限卡信用卡消費資料而為論斷。並說明：㈠、上訴人於105年5月2日至同年月4日出國前往澳門，事前未向議會請假，亦無自行確認有無出席定期會或臨時會；㈡、上訴人於105年5月3日在澳門賭場有為數可觀之賭資消費紀錄，印象自是深刻，而無淡忘之可能等旨，就上訴人於原審所辯：伊係誤簽市議會定期會之簽到紀錄，沒有詐領出席費、交通費及膳食費，已將誤領之7,350元返還桃園市議

會等語，予以指駁。進而認定上訴人有事實欄三所載之犯行。凡此，概屬原審採證認事職權之合法行使，所為論斷說明，與經驗法則及論理法則俱屬無違，亦不悖於證據法則。上訴意旨㈠之所指，係就原審已說明論斷之事項，徒以自己之說詞，漫為指摘，均非上訴第三審之適法理由。

十一、按貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務上之機會詐取財物罪，以公務員假借職務上之一切事機，以欺罔手段使人陷於錯誤而交付財物者，即屬當之。則被害人實際交付之財物，即為其犯罪所得。又共同正犯各人有無犯罪所得、所得數額各若干、對犯罪所得有無處分權等，因非犯罪事實有無之認定，不適用嚴格證明法則，由事實審法院視具體個案之實際情形，綜合卷證資料及調查結果，依自由證明程序釋明其合理之依據而為認定。依原判決事實之認定上訴人分別與甘裕平3人共同基於利用職務上機會詐欺取財及使公務員登載不實之犯意聯絡，由甘裕平3人擔任人頭助理，於桃園市議會將附表一、二、三所示公費助理補助費、春節慰問金撥付與甘裕平3人後，再由甘裕平3人將上開款項以匯款或交付現金之方式，交與上訴人本人或依上訴人之指示加以運作等情，業於理由中敘明所憑證據及理由，因認上開款項均為上訴人實際所詐得之金額，據為諭知沒收及追徵之標的，即無不合。上訴意旨㈡仍爭執上訴人未取得議會撥付與甘裕平3人之款項云云，乃就原判決已經說明之事項，漫為指摘，並非適法之第三審上訴理由。至附表一、二、三機關補助之勞、健保費、退休金提撥費，原判決既已認定悉數匯入上訴人提供之帳戶，為上訴人因本件犯罪而取得之財物，原判決併為沒收之宣告，亦無上訴意旨㈢所稱之違法。又刑法沒收新制，係將沒收定位為獨立之法律效果，雖仍以被告一定違法行為之存在為其前提，但已非刑罰而失其從屬性，是於判決主文之宣告，僅須明確易懂，不論緊接於主刑項下，抑或於獨立項為之，均非法之所禁。上訴意旨㈣執此，指摘原判決

違法，亦非第三審上訴之合法理由。

十二、其他上訴意旨，係置原判決明白論斷於不顧，就原審採證、認事職權之適法行使，任意指摘為違法，或單純為事實上之爭執，均非適法之第三審上訴理由。

十三、綜上，本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。又上訴意旨另以：本院107 年度台上字第1241號判決認為：「議員所聘用之公費助理於具領補助費後，依議員之指示，而將部分補助費交予議員，致助理補助費並非全然用以支付議員向議會所申報之公費助理薪資，而有名實不符之情形，若該助理補助費係流向與議員職務有實質關聯之事項，而非挪為私用，例如用以支付其他超出公費助理人數上限之助理薪資，而欠缺不法所有意圖者，自與貪污治罪條例第5 條第1項第2款利用職務上之機會詐取財物罪之要件不符。」核與原判決所持法律見解歧異等語，主張若本院採與原判決相同之法律見解，則上訴人即依法院組織法第51條之4第1項規定，聲請本院以裁定提案予刑事大法庭裁判，以統一見解。惟稽之上開判決之內容，核與本件上訴人與甘裕平3 人間無僱佣或受僱為議員公費助理之真意等情之案例事實不同，應無上訴意旨所指法律見解歧異之情形，自無提案予刑事大法庭裁判之必要，併此敘明。

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　　109　　年　　11　　月　　11　　日

刑事第六庭審判長法　官　陳　世　雄

法　官　段　景　榕

法　官　汪　梅　芬

法　官　宋　松　璟

法　官　鄧　振　球

本件正本證明與原本無異

書記官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　12　　日