

最高法院刑事判決

110年度台上字第5653號

上訴人 洪玉鳳

郭勝煌

共同

選任辯護人 劉棕欣律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國110年4月15日第二審判決（109年度上訴字第751號，起訴案號：臺灣臺南地方檢察署108年度偵字第5335、13461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、本件原審審理結果，認定上訴人甲○○、乙○○有原判決犯罪事實所載相關之貪污各犯行明確，因而撤銷第一審之科刑判決，改判仍依想像競合犯，從一重論處上訴人2人共同犯利用職務上機會詐取財物3罪刑，並為附條件之緩刑、宣告褫奪公權及為相關沒收之諭知，已載敘剖明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，有卷存資料可資覆按。

三、貪污治罪條例第5條第1項第2款公務員利用職務上機會詐取財物罪之成立，係以刑法上所規範之詐欺行為為基準，而行為人於犯罪時具有公務員身分，且利用其職務上之機會或所衍生之機會，因勢乘便而詐取財物者，即足當之。原判決認定上訴人2人上開犯行，係綜合上訴人2人之自白供述，

證人即相關同案被告郭榮興、黃榮昌、曾曉鳳、陳立彬、黃富家、張憲呈、朱惠芬、黃幸良（以上均現由第一審另行審結）、陳明峰、劉春輝、林佳儒、柯茂全、施靜媚、鄭詩涵、廖昇英、陳偉齊、陳俊傑等人不利於上訴人2人之證詞，酌以所列相關如原判決附表（下稱附表）一至三之市議會公費助理申報與撥款資料、陽信商業銀行股份有限公司（下稱陽信銀行）公費助理帳戶交易資料、乙○○製作之民國102年至108年之電子帳冊資料及乙○○臨櫃提款畫面、其餘證據資料及案內其他證據調查之結果而為論斷，詳敘憑為判斷甲○○自99年12月25日起，連續擔任臺南市第一至三屆之臺南市議會議員，乙○○為其配偶，並任其議員服務處主任，負責向市議會申報請領公費助理補助費等之法定議員補助費等所有事務，其2人明知公費助理補助費用係地方制度法規規定之法定項目之補助費用，並非議員薪資，不得為不實申報請領與挪用，竟自99年12月25日起，由乙○○以陳明峰等公費助理與郭榮興等虛報借名公費助理之名義，向市議會申報聘用公費助理名冊（參見附表一至三所示）並請領最高額度助理費用，由市議會按月將公費助理補助款（即公費助理報酬）匯入各該陽信銀行公費助理帳戶，除以其中部分補助款，支付陳明峰等公費助理及廖昇英等私聘助理之報酬外，將剩餘之補助款，用於支付服務處支出與選民服務之相關費用，乃認其2人主觀上具利用職務上機會詐取財物之犯意，所為已該當前揭利用職務上機會詐取財物罪構成要件等情之理由綦詳，對選任辯護人辯以：上訴人2人雖有虛報公費助理補助款並部分挪供他用之行為，惟係用於與議員職務相關之服務處支出與選民服務費用等，並無不法所有意圖云云，如何不足採信，亦於理由內予以論駁明白，所為論敘說明，核與事理無違，乙○○雖無公務員身分，但與有公務員身分之甲○○共同犯貪污治罪條例之罪，乃論上訴人2人以犯公務員利用職務上機會詐取財物3罪，且為共同正犯。其法則之適用並無違誤。

四、刑之量定，係實體法上賦予法院得依職權自由裁量之事項，苟已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，無偏執一端，致明顯失出失入情形，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。又刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為人所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第23條比例原則無違，司法院釋字第669號解釋理由書闡述綦詳。而貪污治罪條例為刑法之特別法，立法者於該條例第1條即揭明其立法目的係為嚴懲貪污，澄清吏治，特制定本條例，故本條例所定之法定本刑均較諸刑法之相關規定為重，其中第5條第1項第2款之利用職務上機會詐取財物罪，旨在維護官箴，以公務員執行職務之廉潔及公正，為其保護法益，地方各級民意代表（直轄市或縣市議員及鄉鎮市民代表）既屬刑法第10條第2項第1款前段之身分公務員，其利用職務上之機會詐領公費助理補助費，所為亦屬特別義務之違反，並為重大貪污行為。惟若有情節輕微，所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣5萬元以下，或情輕法重之情形者，裁判時本有該條例第12條第1項減輕其刑，或刑法第59條酌減其刑規定之適用，其有自首或自白，並自動繳交全部所得財物者，復得依該條例第8條第1項或第2項規定免除其刑或減輕其刑，足以避免過嚴之刑罰，與憲法尚無抵觸。原判決已綜合審酌刑法第57條科刑等一切情狀，並依貪污治罪條例第8條第2項自白並繳交全部犯罪所得，及刑法第59條規定，遞減輕其等刑後，在罪責原則下適正行使其量刑之裁量權，科處所示之刑，併為附條件緩刑之諭知，核其量定之刑罰，已兼顧相關有利與不利之科刑資料，客觀上並未逾越法定刑度，與罪刑相當原則無悖，難認有濫用其裁量權限之違法情形。上訴意旨猶以公務員利用職務上機會詐取財物罪與刑法內亂罪、劫持公眾運輸工具致重傷罪、加重強制性交罪及圖利強制使人為性交猥褻罪等之法定刑完全相同，因違反比例

原則、罪刑相當原則及法律明確性原則，而抵觸憲法等語，顯非依據卷內資料而為指摘，自難認係適法之第三審上訴理由。

五、上訴意旨係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞再事爭辯，徒以自己之說詞，任意指為違法，自非適法之第三審上訴理由。依上說明，應認其等貪污部分之上訴為違背法律上之程式，均予以駁回。上開得上訴第三審部分，既從程序上駁回，則與之有想像競合犯關係之共同使公務員登載不實公文書共3罪部分，第一審及原審均論以有罪，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款所列不得上訴於第三審法院之案件，自亦無為實體上之審判，應併從程序上駁回。又上訴人等就本件聲請提案大法庭部分，另以裁定駁回，及本件並無審判案件適用法律抵觸憲法之疑義，即無由依其等上訴意旨聲請司法院大法官解釋憲法之必要，均附此敘明。

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 110 年 12 月 15 日

刑事第九庭審判長	法官	段	景	榕
	法官	鄧	振	球
	法官	汪	梅	芬
	法官	宋	松	璟
	法官	楊	力	進

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 110 年 12 月 16 日