

最高法院刑事判決

111年度台上字第722號

上訴人 謝家楊

選任辯護人 蕭仰歸律師

上列上訴人因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國110年10月14日第二審判決（110年度上訴字第1430號，起訴案號：臺灣苗栗地方檢察署109年度偵字第6964、7263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、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審採證認事之職權，認定上訴人謝家楊有如其犯罪事實欄所載之犯行，因而維持第一審依想像競合犯關係，從一重論處上訴人犯利用職務機會詐取財物（尚犯使公務員登載不實）罪刑，及諭知褫奪公權、相關沒收之判決，駁回上訴人在第二審之上訴。原判決就採證、認事、用法及量刑，已詳為敘明其所憑之證據及認定之理由。核原判決所為論斷說明，俱有卷內證據資料可資覆按，從形式上觀察，並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

三、刑事訴訟法第159條之5同意或擬制同意傳聞證據可作為證據使用規定，揆諸該條「若當事人於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發

01 現之理念，此時，法院自可承認該傳聞證據之證據能力」之
02 立法意旨，係採豐富證據資料、擴大適用之立場，俾有助於
03 真實發現，而酌採當事人進行主義下證據處分權所為之規定
04 ，與同法第159條之1至第159條之4所定並列而同屬傳聞法則
05 之例外，彼此間非必為互斥或先後前提之關係。法院於審查
06 後，如認無證明力明顯過低，或違法取得證據等欠缺適當性
07 之情形，於判決理由說明其審查之總括結論，因無損於被告
08 訴訟防禦權，要無就各該傳聞證據逐一說明如何審酌之必要
09 。又關於非供述證據，若非出於違法取得，並已依法踐行調
10 查程序，即不能謂無證據能力。

11 (一)原判決載敘：本件所引用各項上訴人以外之人於審判外之陳
12 述（包括證人陳怡彤之證述等），檢察官、上訴人及其辯護
13 人迄原審言詞辯論終結前均未聲明異議，審酌該陳述並無證
14 明力顯然過低之情事，依其陳述作成時之狀況，並無不適當
15 或顯不可信之情形，且與待證事實具有關聯性，認為以之作
16 為證據應屬適當，自有證據能力。又所援引相關非供述證據
17 （包括苗栗縣議會第18屆議員公費助理補助費印領清冊、相
18 關銀行交易資料等），亦經原審於審理時依法踐行調查證據
19 程序，與本件待證事實具有關聯性，且無證據證明係公務員
20 違法取得之物，依法自得作為證據等旨。而稽之卷內資料，
21 上訴人及其辯護人對於陳怡彤之證詞、法務部調查局苗栗縣
22 調查站製作之助理費補助清冊、苗栗縣議會函、苗栗縣議會
23 第18屆議員公費助理補助費印領清冊、李昆政之入出境資訊
24 、相關銀行之開戶及交易資料等，於原審準備程序時，已明
25 白對於相關證據之證據能力「沒有意見」等語。嗣於原審審
26 判期日，亦未爭執上開各證據之證據能力。原判決因認上開
27 供述及非供述證據均具有證據能力，並無不合。

28 (二)上訴人提起第三審上訴，爭執原判決未究明其認定相關證據
29 有證據能力，究係具備證據能力之一般要件或特別要件，或
30 經依刑事訴訟法第158條之4相對排除法則之規定權衡後之結
31 果，有適用法則不當、理由欠備之違法，依上開說明，並非

01 合法之第三審上訴理由。

02 四、有罪之判決書，應於主文內載明所犯之罪，固為刑事訴訟法
03 第309條所明定。但我國實體法並未全然採取就各類型犯罪
04 同時明定「罪名」之立法方式（如刑法第320條第1項之竊盜
05 罪、第328條第1項之強盜罪），罪名如何記載，始堪謂為載
06 明，法無明文。實務上，有罪判決書主文欄關於罪名之記載
07 ，固以與論罪科刑法條所揭示之條文內容相一致為準據；惟
08 若無礙與其他罪名相區別，且與所適用法律之構成要件意旨
09 亦不致違反者，則簡省若干文字，以達扼要簡明之旨，既不
10 損法院對於案件所為終局判斷之意思，復不影響其刑罰執行
11 之明確依據，尚難謂其有適用法則不當之違法。原判決已明
12 確認定上訴人為苗栗縣議會第18、19屆縣議員，任期自民國
13 103年12月25日起至108年10月29日止，係依法令服務於地方
14 自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員，及其犯貪
15 污治罪條例第5條第1項第2款之罪之事實，並說明其理由及
16 援用該法條，憑以諭知上訴人犯貪污治罪條例第5條第1項第
17 2款之利用職務機會詐取財物罪。此一簡化記載之主文，既
18 不致與其他罪名相混淆，又未與所適用之法律有所扞格，並
19 無主文之記載與理由矛盾之處，自不容遽指為違法。上訴意
20 旨徒憑己意，指摘原判決主文未顯示上訴人係公務員身分犯
21 上開罪名之旨，於法有違等語，並非上訴第三審之合法理由
22 。

23 五、為徹底剝奪犯罪行為人之不法利得，以根絕犯罪誘因，關於
24 刑法犯罪所得範圍之計算，乃採不問成本、利潤均應沒收之
25 總額原則。凡行為人因違法行為所得、其變得之物或財產上
26 利益及其孳息，均為犯罪所得，應予沒收，為刑法第38條之
27 1第1項前段、第4項所明定。又該犯罪所得，除已實際合法
28 發還被害人，或沒收有過苛之虞、欠缺刑法上之重要性、犯
29 罪所得價值低微，或為維持受宣告人生活條件之必要等情形
30 ，而得不宣告沒收或酌減者外，不因嗣後行為人移轉或變更
31 該犯罪所得即可不予宣告沒收或酌減之，此觀刑法第38條之

01 1第5項、第38條之2第2項之規定自明。又犯罪所得之沒收性
02 質上屬類似不當得利之衡平措施，非屬刑罰，自不適用嚴格
03 證明法則，僅需自由證明為已足。另刑事訴訟法第379條第
04 10款所稱依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有
05 重要關係，在客觀上顯有調查必要性或可能性之證據，得據
06 以推翻原判決所確認之事實而為不同之認定者而言；若所欲
07 證明之事項已臻明瞭，自均欠缺調查之必要性，原審未為無
08 益之調查，並無違法之可言。

09 (一)原判決已敘明：依上訴人之自白、陳怡彤之證述、卷附苗栗
10 縣議會第18屆議員公費助理補助費印領清冊、相關銀行交易
11 資料等證據資料，已足認定上訴人本件犯行。至上訴人雖聲
12 請傳喚陳○文、謝○如（下稱陳謝2人），欲證明陳謝2人受
13 上訴人僱請擔任司機、從事內部行政工作，本件犯罪所得應
14 將陳謝2人支領之薪資扣除一節。惟上訴人有無聘僱陳謝2人
15 ，與上訴人利用職務機會詐領財物犯行無涉。且公費助理薪
16 資之補助係由苗栗縣議會編列預算支付，依法應由實際從事
17 議員助理工作之人領取，並非議員薪資之一部分，亦非對議
18 員個人之實質補貼，上訴人在苗栗縣議會之議員公費助理補
19 助費清冊上填載案外人李昆政為公費助理，並申報相關助理
20 薪資、春節慰勞金等而交付苗栗縣議會，且詐領取得之款項
21 ，業據上訴人自承：均其個人私用等語，尚難將陳謝2人所
22 支領之薪資自本件犯罪所得中予以扣除等旨。因本件事實已
23 臻明瞭，無傳喚陳謝2人為無益調查之必要，以及本件上訴
24 人之犯罪所得，不因嗣後其移轉或變更該犯罪所得，即可不
25 予宣告沒收或酌減之理由。依上開說明，並無不合。

26 (二)上訴意旨泛指原審未傳喚陳謝2人到庭調查以釐清沒收數額
27 應否扣除支付其2人之薪資等情，有調查職責未盡之違法，
28 並非上訴第三審之合法理由。

29 六、第三審為法律審，原則上應以第二審判決所確認之事實為判
30 決基礎，故於第二審判決後不得主張新事實或提出新證據，
31 而資為第三審上訴之理由。稽之卷內訴訟資料，上訴人於原

審未曾主張李○政自國外返台期間可能有至上訴人服務處幫忙、充任司機等工作，而支領相關費用之事實，其於提起第三審上訴後，始為上開主張，顯係於第三審主張新事實，自非上訴第三審之適法理由。

七、刑法第59條所規定之酌量減輕其刑，必其犯罪另有特殊之原因、環境或背景，在客觀上足以引起一般之同情，且於法律上別無其他應減輕或得減輕其刑之事由，認即予以宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。原判決載敘：上訴人擔任苗栗縣議會縣議員，對於公費助理薪資補助款並非議員薪資之實質補貼，應知之甚詳，身為公務員，更應恪盡職責，律己守法，且本件犯罪時間長達1年餘，係持續性、計畫性之詐取助理費行為，依本件犯罪情節、環境及一般社會大眾之通念，在客觀上實不足以引起一般同情，而認有何經依貪污治罪條例第8條第2項前段規定減輕其刑後之最低度刑猶嫌過重，情堪憫恕之情狀存在，故其無刑法第59條酌量減輕其刑規定之適用等旨。已敘明其論斷理由，尚無不合。上訴意旨係依憑己意，主張原判決未予酌減其刑，於法有違等語，並非合法之第三審上訴理由。

八、受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有特定情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告2年以上5年以下之緩刑，為刑法第74條第1項所明定。原判決既維持第一審量處上訴人有期徒刑3年6月，已不合緩刑之要件，原判決未予宣告緩刑，亦無不合。上訴意旨指摘原判決未宣告緩刑不當，尚非合法之上訴第三審理由。

九、上訴人其餘上訴意旨，經核亦係就原審採證、認事之職權行使及原判決已說明事項，任意指摘為違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。至原判決認定行為人接續於104年4月1日至104年12月31日、105年2月24日至105年6月「30」日為本件犯行，並無誤載或矛盾。雖第一審判決及檢察官起訴書誤載末日為105年6月「31」日，惟因6月僅有30日，上開記載顯係誤載，不影響判決本旨，亦與審判範圍無涉，原判

01 決未據以撤銷第一審判決，亦難指為違法，併予敘明。
02 十、依上所述，本件上訴人關於利用職務機會詐取財物部分之上
03 訴，違背法律上之程式，應予駁回。又對於判決之一部上訴
04 者，其有關係之部分，視為亦已上訴。刑事訴訟法第348條
05 第2項前段定有明文。是上訴人對於原判決所為裁判上一罪
06 之一部不服，提起上訴時，因具有審判上不可分之關係，應
07 視為全部上訴。惟係以重罪部分之上訴合法為前提，如該上
08 訴為不合法，第三審法院既應從程序上予以駁回，無從為實
09 體上判決，則對於輕罪部分自無從適用審判不可分之原則，
10 併為審判。本件原判決認上訴人有如其犯罪事實欄所載利用
11 職務機會詐取財物、使公務員登載不實等犯行，依想像競合
12 犯關係，從一重論以利用職務機會詐取財物罪，另所犯刑法
13 第214條之使公務員登載不實罪部分，屬刑事訴訟法第376條
14 第1項第1款所定不得上訴於第三審法院之罪（並無第一審判
15 決無罪而第二審改判有罪之情形），僅得附隨於原審論以利
16 用職務機會詐取財物罪上訴。上訴人利用職務機會詐取財物
17 部分，既屬不合法而應從程序上予以駁回，則不得上訴第三
18 審之使公務員登載不實部分，已無從併為審判，併予駁回。

19 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

20 中 華 民 國 111 年 3 月 16 日

21 刑事第八庭審判長法官 李 英 勇
22 法官 洪 兆 隆
23 法官 楊 智 勝
24 法官 吳 冠 霆
25 法官 邱 忠 義

26 本件正本證明與原本無異

27 書記官

28 中 華 民 國 111 年 3 月 18 日