最高法院 裁判書 -- 刑事類

【裁判字號】97,台上,1743

【裁判日期】970424

【裁判案由】貪污等罪

【裁判全文】

最高法院刑事判決 九十七年度台上字第一七四三號

上 訴 人 台灣高等法院檢察署檢察官

上 訴 人

即 被 告 甲 ○

選任辯護人 羅瑩雪律師

劉振瑋律師

被 告 乙○○

選任辯護人 宋耀明律師

薛松雨律師

開宗明義：三審法院做形式審判，不做實質審判，也就是審察原判決有無違背法律。檢察官上訴必須具體指出原判不適用何種法則或如何適用不當，三審法院不實際審查被告有無犯被起訴以外的其他罪。也就是說，如果檢察官起訴被告，引用法條錯誤（被告犯甲罪，但檢察官用乙罪起訴），法院依法判被告無罪，檢察官上訴最高法院，最高法院只審高等法院宣判被告犯乙罪「無罪」，是否合法。如合法，檢察官上訴駁回，而不會審查被告犯甲罪之事實。

陳 明律師

上列上訴人等因被告等貪污等罪案件，不服台灣高等法院中華民國九十六年十

二月二十八日第二審判決（九十六年度矚上重訴字第八四號，起訴案號：台灣

台北地方法院檢察署九十六年度偵字第三八四四號），提起上訴，本院判決如

下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、刑事訴訟法第三百七十七條規定，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，具體表明原判決不適用何

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，或所指原判決理由論述瑕疵之訴訟程序違背

行政院再三函釋特別費支出以須以有實際公務支出為必要。該文件很清楚、客觀敘述特別費的用途，該函釋沒有抵觸法律，所以應視為行政命令。無庸贅述，行政命令是否可視為廣意的法規？

法令，顯然於判決無影響者，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決以被告乙○○部分，檢察官公訴意旨略以：乙○○係台北市第

二屆及第三屆市長（任期自民國八十七年十二月二十五日起至九十五年十二月

二十五日止），為公務員，明知台北市市長特別費之報支，依行政院八十七

年、九十三年函釋「以檢具原始憑證列報為原則，倘有一部分費用確實無法取

得原始憑證時，得依首長、副首長領據列報，但最高以半數為限」及「台北市

這是檢察官侯寬仁主觀先下的結論論。因文述至此，沒有提出客觀證據，證明乙○○的客觀犯意。

政府秘書處預算書歲出計畫提要及分支項目概況表」之說明，應限於因公招待

及饋贈之需，以領據列報部分，須以有實際公務支出為必要。乙○○竟基於意

圖為自己不法所有之概括犯意，利用擔任台北市市長職務上之機會，自八十七

年十二月起至九十二年十二月止，於每月底提出其本人出具之領據，請領次月

將款匯進乙○○薪資帳戶內屬實，「陷入錯誤，認定、、、」這是檢察官侯寬仁主觀判斷，一審判決法官已指出有偽造文書之嫌，且馬英九已提告訴，不再贅述。

市長特別費半數新台幣（下同）十七萬元，致負責審核之台北市政府秘書處會

計趙小菁、孫蜀、莊美珍、謝鎙環、伍必霞（起訴書誤植為伍碧霞）、周秀霞

等人陷於錯誤，認其於領得特別費半數後，來日定會支出使用於預算書所指定

之公務，而於次月初將該月份之十七萬元匯進其薪資帳戶內。然乙○○於領得

特別費一千零二十三萬八千三百元後，至多僅使用三百四十九萬五千八百七十

這是檢察官侯寬仁陳述客觀事實，但***納為己有***改為存入個人帳戶更接近客觀判斷。

四元於公務支出，而將其餘六百七十四萬二千四百二十六元全數***納為己有***，並

向監察院申報為自己財產。至九十二年十一月下旬，台北市政府主計處接獲審

計部台北市審計處函轉審計部函指示應注意機關首長之特別費有無於月初尚未

審計部既行文『提醒』『有無於月初尚未發生即先行支付情事』，如乙○○小心謹慎的作風，當然要等月底再支領該款。如月初就有支出需求，可先預支，過了月底再核實結報，一般公務員都諳此會計方式。

乙○○習慣月初，就以領據具領，當然會有『尚未發』之口實，見審計部行文『提醒』，於是改為月中後提領，但還是以領據具領，撥入私人帳戶，這只是規避了審計部行文「月初」的文字，但審計部行文的重點是在於「有無尚未發生即先行支付情事」，月初即提領而罄，顯然「尚未發生即先行支付情事」，但月中以後提領，就能證明「一定發生」？這是中華民國公務員玩文字遊戲的壞文化，乙○○怎麼也無法幸免！如乙○○是真君子，何必在月「初月」、「中字」字計較？當然「沒發生就不領」，免落人口實。。

發生即先行支付情事後，報請市長辦公室延後每月以領據請領半數特別費之時

間，乙○○竟仍基於前述意圖為自己不法所有之概括犯意，自九十三年一月起

至九十五年七月止，於每月中旬，明知該月份已有之公務支出數額尚未達特別

費半數，竟仍出具領據請領半數特別費，致莊美珍、周秀霞等人均陷於錯誤，

認定該月份乙○○使用半數特別費作公務支出之事實已經發生，而持續將半數

特別費匯進其薪資帳戶內。乙○○於領得特別費五百零六萬六千元後，亦持續

將支出後餘款四百四十三萬三千八百零一元全數納為己有，並申報為自己財

產。***以上計詐得一千一百十七萬六千二百二十七元。因認乙○○涉犯貪污治罪***

***條例第五條第一項第二款利用職務上之機會詐取財物罪嫌***。經原審審理結果，

認為不能證明乙○○犯罪，第一審所為諭知乙○○無罪之判決，為無不合，予

以維持，駁回檢察官此部分之第二審上訴。並就上訴人即被告甲○部分，原審

經審理結果，認為甲○以不實之工作獎金領據領取市長特別費供市長辦公室零

用金而共同連續公務員登載不實公文書甲，及以他人消費付款之發票充當原始憑

證列報核銷市長特別費而連續公務員假借職務上之機會，變造私文書犯行明

確，因而撤銷第一審所為關於甲○上開部分之科刑判決，經比較刑法新舊規定

後，改判依修正前刑法連續犯、牽連犯規定，仍從一重論處甲○共同連續公務

這是檢察官侯寬仁陳述客觀事實，但***納為己有***改為存入個人薪資帳戶更接近客觀判斷。

員明知為不實之事項，而登載於職務上所掌之公文書，足以生損害於公眾罪

刑，及論處其連續公務員假借職務上之機會，變造私文書，足以生損害於公眾

罪刑。另甲○被訴牽連涉犯行使公務員登載不實文書、行使偽造私文書、公務

87-92年乙○○以領據將二分之一特支費計新台幣10,238,300元領出後，存入薪資帳戶，支用新台幣3,495,874元，剩新台幣6,742,426並沒有繳回。

93-95年以領據將二分之一特支費計新台幣5,066,000元領出後，存入薪資帳戶，支用新台幣632,199元，剩新台幣4,433,801也沒有繳回。

兩筆剩下沒有繳回的的特別費6,742,426＋4,433,801＝11,176,227元最終歸乙○○個人薪資所得帳戶。

檢察官侯寬仁舉證乙○○不合情理之所得，應屬客觀之計算。

控訴乙○○所犯法條，是貪污治罪條例的詐取財物罪，(七年以上有期徒刑)這是檢察官侯寬仁戰略上因「貪心」所犯最大的敗筆，其實如控乙○○犯貪污治罪條例第六條，第三、四款的侵占或圖私人不法利益罪(五年以上有期徒刑)，或罰則更輕的刑法第131的圖利罪，勝訴機會就大增。

因詐取財物罪，必須有被乙○○詐騙之對像，為了找被詐騙對像，侯寬仁不惜製作假筆錄（一審法院判決書有述）指市府會計人員誤以為乙○○、、、甚至追加起訴「乙○○刑法背信罪」。結果被一審法官視破，奠定敗訴結果。

員假借職務上之機會使公務員登載不實、連續公務員利用職務上之機會詐取財

物罪嫌部分，原判決則以無證據證明甲○有上開犯行，難令其負擔罪責，並說

明檢察官認該部分與論罪科刑部分因具牽連犯等裁判上一罪關係，故均不另為

無罪諭知。復以檢察官原公訴意旨略稱：甲○於九十年一月間，另行基於意圖

為自己不法所有之概括犯意，利用辦理市長特別費核銷職務上之機會，自九十

年一月起，向不知情之孫振妮及其配偶何善台索取他人發票五張充當原始憑

證，而於原判決附表三所示之日期，持以詐領一萬六千八百十九元之市長特別

費，因認甲○涉犯貪污治罪條例第五條第一項第二款利用職務上之機會詐取財

物罪嫌。但經原審審理結果，認不能證明其有此部分被訴利用職務上之機會詐

取財物犯罪，因而撤銷第一審依牽連犯從一重論處連續行使變造私文書，足以

生損害於公眾罪刑部分（包括說明被訴利用職務上之機會詐取財物不另為無罪

諭知）之判決，改判諭知甲○此部分無罪。已分別詳敘其調查、取捨證據之結

果及認被告二人應為無罪暨甲○部分科刑判決之心證理由。並對甲○否認之供

詞及其所辯各語，認非可採，予以論述。

三、檢察官上訴部分

檢察官就乙○○部分之上訴意旨略謂：(一)、原判決將針對首長特別費所製作

之「行政院第三０一七次院會會議紀錄、行政院主計處及法務部於該日院會之

報告內容」及「法務部就有關首長特別費之法律諮商意見」，並非通常公務製

作之紀錄文書，又不具可信之特別情況下所製作之文書，竟予誤認分屬刑事訴

訟法第一百五十九條之四第一款及第三款之文書而得為證據，有違證據法則。

(二)、在現行有效之預算、審計、主計、會計法規之中，均查無「定額概算型

費用」、「定額統籌概算型費用」之名詞或定義，原判決既未敘明該等名詞之

法源或依據，亦未向主管機關查證，自創具有法律效果之名詞，並據以推論領

檢察官侯寬仁提出：高院及地院所採信的「無罪」證據違法，是有所本，其辯詞，亦被最高法院法官認同，但不影響無罪判決。因為「無罪」證據錯誤，不能就證明「有罪」。但侯寬仁的「有罪」證據係偽造，就不能證明乙○○犯了侯寬仁所指控的罪，依「無罪推定」原則，乙○○就是無罪。

據列報特別費之法律性質，復推斷行政院函「隱含有某重大特殊用意」；原判

決所引之行政院六十二年等四件函文，均未提及「定額概算型費用」之名詞或

含意，乃竟據以區分領據列報與單據列報之不同，並誤解領據列報特別費排除

「支出證明單」之適用；原判決創設「定額統籌概算型費用」之定義，乃是

「形式上假設」、「推定」，甚且「擬制」或「視為」該等概算型費用金額已

全部支出完畢，並無剩餘，其所稱「假設」、「推定」、「擬制」或「視

為」，有不同之法律意義，原判決未敘明其區別。均有判決不載理由及適用法

則不當之違法。有關首長特別費需「因公支用」之性質及其核銷，預算

法、「支出憑證處理要點」已有明文規範，且實務上亦有首長以檢據核銷、全

原判決認特別費為行政習慣法或行政慣例，檢察官侯寬仁認為主違法，是有所本，其辯詞，亦被最高法院法官認同，但不影響無罪判決，稍後述。

數因公支用或未曾具領者之情形存在，自無形成行政習慣法或行政慣例之餘

地。就首長特別費之核銷，迭經行政院函釋須「因公支出」，屬公款性質，原

判決誤認實務上之便宜措施為行政習慣法或行政慣例，顯屬違法。(四)、原判

決先謂領據列報特別費乃行政院針對首長個人因公支用所需，在法定薪資外之

實質補貼；嗣又謂以領據具領後，即論以因公支出，領得之特別費，亦非屬個

檢察官侯寬仁客觀指出原判決對領據列報特別費之性質前後矛盾。所以用該矛盾之論述，判馬英九不構成犯罪，違背法令。

人所得，自無庸繳交所得稅賦。前後所論即有矛盾。(五)、原判決區分單據列

報特別費部分屬公款，領據列報特別費部分則屬「定額概算型費用」之實質補

貼，復據該等理論得出乙○○在主觀上及客觀上不構成犯罪之結論，其論述前

提既已違背法令，則其後之論斷，自亦屬違法云云。

檢察官就甲○部分之上訴

意旨略謂：(一)、甲○以五張他人發票核銷首長特別費，客觀上已屬以詐術使

會計、出納人員依序陷於錯誤而付款，所得金額為不法所得，自該當於利用職

務上之機會詐取財物罪之構成要件，原審竟以檢察官未再舉證證明其於系爭之

八十九、九十年度中確無該一萬六千八百十九元之公務支出，而認無法排除其

有將之使用於公務之合理懷疑，顯有適用法則不當之違法。(二)、原判決既已

認定甲○所持以核銷者，為他人消費付款之發票，何以又認定可能有該筆公務

支出，自有理由矛盾之違失。(三)、檢察官已舉證證明甲○以他人發票請領特

別費，甲○就此亦不爭執，則檢察官舉證責任已盡，所得款項嗣如運用於公

務，無論從事實之發生、證據之掌握，均應由甲○就其有利事實提出證據，以

供法院審酌，原判決卻仍令檢察官就不存在之事實舉證，亦有違誤。(四)、甲

○虛報一萬六千八百十九元之五張發票，係用以領取單據列報特別費。依原判

決在乙○○部分之論述中，單據列報特別費，需完全因公支用，不容絲毫遭保

留私用；乃就甲○部分，竟又容許其將特別費與同仁公積金、交通查緝獎金等

款項混用，甚至認定先動支完特別費後，再動支公積金、交通查緝獎金，如有

剩餘，可累積至下次使用或返還予出資同仁，無異承認單據列報特別費亦可公

私不分。其前後理由論述互相矛盾。(五)、有關甲○使用他人發票領取特別費

之行為，應構成貪污治罪條例第五條第一項第二款之罪，已如上述。同理，原

最高法院認為「貪污治罪條例第五條第一項第二款利用職務上之機會詐取財物罪」構成條件是主觀上要有犯意，客觀上「施用詐術使相對人陷於錯誤而交付財物，」。

判決處理起訴書附表七甲○持用不實發票四百六十八張不另為無罪諭知Ⅱ部分

所述，仍以甲○可能用於公務支出為由，而僅論以偽造文書罪，未適用貪污治

罪條例第五條第一項第二款規定，同屬判決違背法令云云。

惟查：(一)、貪污治罪條例第五條第一項第二款利用職務上之機會詐取財物

罪，係刑法詐欺取財罪之特別法，其犯罪構成要件仍應以行為人主觀上有意圖

為自己不法所有之犯意存在，並表現於外，客觀上有利用其職務上可乘之事

如前述因詐取財物罪，必須有被乙○○詐騙之對像，為了找被詐騙對像，侯寬仁不惜製作假筆錄（一審法院判決書有述）指市府會計人員誤以為乙○○、、、甚至追加起訴「乙○○刑法背信罪」。結果被一審法官視破，*奠定了敗訴結果。*

機，施用詐術使相對人陷於錯誤而交付財物，以遂其不法所有之目的者，始克

相當。原判決綜核全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定乙○

○於擔任台北市市長期間，基於市長之身分，依循行政院六十二年以來之相關

函釋，由辦公室助理人員，按月出具領據列報半數特別費，依會計單位之實務

作業程序，直接將款項匯入其薪資帳戶，於以領據列報特別費之初，主觀上並

無萌生為自己不法所有之意圖，客觀上更未施用詐術使會計人員陷於錯誤，而

這是侯寬仁的痛，他斷章取義，製作假筆錄，指控她們誤信馬英九把所領之錢用於公，依此又追加(重覆控告)馬英九刑法上的被信罪。

犯刑法的「背信」

會計人員亦無陷於錯誤，其於原判決附表七所示兩任市長任內即八十八年至九

十五年六月間，因公益捐贈款項高達五千一百五十萬三千一百九十九元，遠超

過同時期以領據列報之特別費總額一千五百三十萬四千三百元，足認其任內以

領據列報之特別費全數「因公支出」用罄，並無所謂「不法所得」，與公務員

公益捐款51,503,399大於同時期以領據列報之特別費1.534,300元，所以以領據列報之特別費全數因公用罄，這是數字運算，依此推斷無「不法所得」，違反邏輯運算，因為絕大部份公益捐款是在民國95年特別費案發以後捐出。所謂同時期，應指案發以前之同時期。案發後之捐款，可計算，此例一開，以後凡貪污被發現，捐出了事？但最高法院法官顯然採信這違反邏輯演算的經驗法則！

利用職務上之機會詐取財物罪之構成要件顯不該當，尚難論以貪污罪責。復認

乙○○主觀上亦無獲取不法利益或損害本人利益之意圖，客觀上更無違背任務

之行為，致生損害於本人之財產或其他利益之情形，亦與公務員背信罪之構成

要件並不相符。均已詳述其採證認事之理由，所為上揭論斷，俱有各項證據資

料在案可稽。而本院為法律審，僅就合法之第三審上訴，審判第二審判決是否

違背法令，倘經形式上審查，認其為違背法律上之程式等不合法上訴者，自無

從加以實體之審判，更不直接涉及事實認定問題。至依憑證據認定被告犯罪事

實之有無及其內容如何，則屬事實審法院之職權。檢察官上訴意旨，僅以首長

特別費之性質，空泛指摘原判決得出無罪結論係屬違法，並未就原判決認定乙

○○無利用職務上之機會詐取財物或公務員背信犯行等事實，依據卷內訴訟資

也就是說，如果檢察官起訴被告引用法條錯誤（被告犯甲罪，但檢察官用乙罪起訴），法院依法判被告無罪，檢察官上訴最高法院，法院只查被告犯乙被判無罪，是否合法。如合法，檢察官上訴駁回，而不會審查被告犯甲罪之事實。

料具體指摘有如何不適用法則或適用法則不當之情形，自非合法之第三審上訴

理由。(二)、原判決認定行政院鑒於早期各級機關首長（含副首長）因公招待

或餽贈而動支經費時，並未訂定給付標準及總額限制，造成寬嚴不一與經費浪

費，於四十一年開始建立首長特別費制度，對動支額度予以規範，首長特別費

全部均需檢據核銷。行政院復鑒於預算執行時，各級首長事實上難免有無法取

得原始單據之支出，乃於六十二年六月二十九日以台（ ）忠授五字第四一一

二號函釋：「各機關特別費均在原列預算內，作為因公招待及餽贈之需。支用

時應檢具原始憑證列報，倘有一部分機要費用，確實無法取得原始憑證時，得

依首長（副首長）領據列報，但此項領據列報數額，最高以特別費半數為

為何把「以領據列報」取消？這就是「補破網」，原來規定有模糊空間。否則不必關這門。

限。」對特別費之核銷，採較為彈性之處理，如確實無法取得原始憑證時，得

依首長領據列報。嗣又以六十六年六月二十二日台（ ）忠授字第三二七四

號、七十三年六月二十六日台（ ）忠授字第０四八五四號、八十七年七月二

十一日台（ ）忠授字第０五六四二號（尚有原判決未援引之九十三年四月二

十二日院授主忠字第０九三０００二五五六Ｃ號函）迭次函釋同旨，迄九十五

年十一月九日院授主忠字第０九五０００六六六四Ａ號函公布後，將特別費全

部改為檢據列報。於此之前，首長特別費經以領據列報後，在會計程序上即屬

核銷完畢，不再辦理結算，具領該特別費時，得領現金、支票或劃撥入首長私

人之帳戶，且因法令並未規定以領據列報之特別費應存入專款帳戶或設簿記

帳，故以領據列報特別費後，實際上即與首長個人財產混合，而由首長為符合

「因公」招待及餽贈目的之統籌運用。另依政府預算編製相關規定，首長特別

費應編列在「業務費」項下，「台北市政府秘書處預算書歲出計畫提要及分支

項目概況表」亦將首長特別費編列在「業務費」項下。綜合原判決援引之上揭

最高法院定調「特別費」***非所謂首長法定薪資俸給外之「特別酬庸」或「實質補貼***

函釋及所載之事實可知，首長以領據列報之特別費，本諸公款公用，均須符合

使用於「因公」招待、餽贈及相類之酬應、獎賞、捐輸等目的，諸如基於首長

職務或身分所為餐敘、慰勞（問）、婚喪喜慶之支用或其他因此所衍生而取據

不易等雜項支出均屬之，但不得用於與公務全然無關之私用，***故非所謂首長法***

***定薪資俸給外之「特別酬庸」或「實質補貼」***。至於首長個人對此是否誤認而

艱澀難懂的語詞掩飾其「瑕疵」（說不公義太嚴重），既指高院採判馬英九無罪的解釋有違誤，又說不足以推翻原判決。吐嘈王不懂邏輯在哪

裡？

缺乏主觀之犯意，則屬二事。本件乙○○以領據列報之特別費皆已「因公支

出」用罄，並無任何「不法所得」，既為原判決所確認，***則原判決採信乙○○***

***所辯，認為首長特別費係首長法定薪資外之「實質補貼」，固有違誤，然此瑕***

***疵，既不足以推翻原判決所為乙○○以領據列報特別費不具備犯罪構成要件該***

***當性之認定，對判決結果不生任何影響***。至以***領據列報之特別費是否需申報所***

***得稅及申報財產，與本件乙○○有無貪污犯行之認定無涉***。檢察官自不得執為

適法之第三審上訴理由。(三)、司法院釋字第四一九號解釋理由書雖述及慣

例，但強調慣例之形成不得牴觸成文規範，最高行政法院四十八年判字第五五

號判例，亦認行政先例不得與當時有效施行之成文法明文相違背。本件有關首

長特別費之支領與核銷程序，在預算法、九十一年一月一日廢止前之「支出憑

證證明規則」及行政院主計處九十年十一月二十二日發布並自九十一年一月一

日施行之現行「支出憑證處理要點」（九十三年十月五日復經修正）均有明文

規定，自不得於違反上開各該規定情形下據以形成所謂行政習慣法或行政慣

例。***原判決雖將機關首長於月初或月中即以領據列報半數特別費之陋習，引用***

***情節有別之上開解釋理由書及最高行政法院判例，誤認係行政習慣法或行政慣***

最高法院指侯寬仁僅就首長特別費法律性質進行爭執，白費力氣，最高法院對特別費的性質與與檢方相同，也就是不同意，ㄧ、二審法院以「特別費經首長具領後，就是首長所有，而不論首長如何用」的論點。

既然認為一、二審判馬英九無罪的理由「不成立」，但又替ㄧ、二審法院緩頰說「僅為用語瑕疵，俱不足以動搖原判決結果」，。吐嘈王實在看不懂。

**最高法院指檢察官侯寬仁控馬英九有罪的理由「不充分」（只論述特別費性質缺馬英九貪污主客觀論述），又指ㄧ、二審法院判馬英九無罪的理由的「非必要」（雖錯誤，但不影響判決結果），最高法院話顯然沒說完，那就是「馬英九實質有罪抑無罪？」，最高法院也很詭異的用檢察官「不告不理原則」、「無罪推定原則」，規避的焦點，用「形式審查馬英九無罪」定江山。**

***例，然除去此違誤部分，對乙○○因欠缺犯罪構成要件之要素而應為無罪諭知***

***之結論仍無影響，檢察官據以指摘，亦不得認係第三審上訴之合法理由。***

(四)、檢察官上訴意旨所稱原判決其他關於首長特別費論述之瑕疵，諸如採用

「定額概算型費用」、「定額統籌概算型費用」、「形式上假設」、「推

定」、「擬制」、「視為」等語詞，純係無關判決宏旨之枝節問題；原判決又

謂「以領據具領特別費後，該款已喪失公款之性質，而屬於該具領首長所有」

云者，僅為用語瑕疵，俱不足以動搖原判決結果，檢察官執以指摘，殊難據為

合法之第三審上訴理由。另原判決就行政院關於特別費報支核銷之說明，核與

卷存上述行政院函釋意旨並無違背；以領據列報之特別費因不得私用而認「非

個人所得」，亦無違誤。此二部分之上訴意旨，均屬誤會。(五)、原判決所載

「行政院第三０一七次院會會議紀錄」，僅係行政院院會流程之記載；法務部

「就有關首長特別費之法律諮商意見」，則係全國最高法務行政機關就首長特

別費所表示之法律意見。均無關乎事實判斷，自非得據以認定乙○○有無被訴

貪污犯行之「紀錄文書」或「證明文書」，原判決雖誤依刑事訴訟法第一百五

十九條之四規定認有證據能力，然原判決既未據以認定事實，故於判決結果不

生影響。至於行政院主計處係掌理全國歲計、會計、統計事宜之最高主計機

關，首長特別費制之內容及沿革為其主掌權限，其就所掌首長特別費制度之沿

革經過等事實所提出之書面報告，自得作為此部分事實之證據，檢察官於原審

侯寬仁空泛指摘首長特別費性質認定違法，但對馬英九主觀上有犯意、有施用詐術使人陷於錯誤等部分，未做任何指摘，因此檢方上訴違背法律上程式。也就是如侯寬仁只反駁一、二審法院的錯誤，但是否有罪是馬英九，而非一、二審法院。侯寬仁上訴最高法院沒有積極證明被告有罪是攻防戰略錯誤。

未曾異議，經原審審核後認無不得作為證據之情形，依刑事訴訟法第一百五十

九條之五之規定，而得為證據。核無違法情事，檢察官於上訴法律審之本院始

加爭執，自非依據卷內資料執為指摘之合法第三審上訴理由。(六)、刑事訴訟

法第一百六十一條第一項規定：檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指

出證明之方法。因此，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實

質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明

之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定原則，自應為被

告無罪判決之諭知。甲○被訴於原判決附表三所示之日期連續涉犯貪污治罪條

例第五條第一項第二款之利用職務上之機會詐取財物罪嫌部分，原判決於理由

余文部份簡言之，檢查官用貪污治罪條例起訴余文，被高等法院改判無罪，最高法院判決「維持原判。」

內，以甲○經手特別費用非低，每月除五萬元零用金外，尚有其餘採購核銷部

分，果有詐領之意，當使用數額較多之單據為之，而非僅請領如此區區之數

額，且時間又相隔一年以上，是甲○有無詐領之意圖，容有疑義。而檢察官所

為全部所得減去全部公務支出之計算方法中，僅有九十二年以後之支出，八十

九、九十、九十一年之支出則付之闕如，自不能徒以九十二年以後之支出，遽

認甲○於八十九年底及九十年底未有一萬六千八百十九元之公務支出，是檢察

官之舉證顯不能說服一般人甚至法院認甲○有詐領該款之事實，自無法排除其

有將之使用於公務之合理懷疑等語，詳加論述其理由。原審審理時，檢察官既

未能提出適合於證明甲○此部分被訴事實之積極證據，並說明其證據方法與待

證事實之關係。乃依審理結果，對卷內訴訟資料，逐一剖析，參互審酌，認仍

無從獲得有罪之心證，因而就此部分改判諭知甲○無罪，自不容檢察官於第三

審上訴任意指摘為違法。(七)、原判決理由僅敘述「交通查緝獎金、公積金設

置之目的，係因每月特別費單據核銷部分往往不足以支應公務支出所需，故以

交通查緝獎金或同仁間所募集之公積金用以彌補特別費之不足，且甲○如要動

支款項，必定是先動支特別費中原始憑證核銷部分，再就不足部分動支交通查

緝獎金及公積金部分因應」，並未認定「容許將特別費與同仁公積金、交通查

緝獎金等款項混用」，且因交通查緝獎金或同仁間所募集之公積金，主要目的

在彌補特別費之不足，故如欲動支款項，當必先動支特別費中原始憑證列報部

分，如有不足，再動支交通查緝獎金及公積金因應，並無疑義。上訴意旨就此

容有誤會。(八)、檢察官就甲○以原判決附表三所示他人發票領取特別費之行

為，認應成立貪污治罪條例第五條第一項第二款之罪之第三審上訴既不合法，

則檢察官以同一理由指摘原判決處理四百六十八張發票亦屬違法云云，同非適

法之第三審上訴理由。綜上所述，檢察官以上情指摘原判決違背法令，核與法

律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，其上訴皆屬違背法律上之

程式，應予駁回。

四、甲○上訴部分

甲○上訴意旨略以：(一)、其以工作獎金領據請領市長特別費五萬元作為市長

高院判余文犯刑法211條變造公文書，及215條登載不實罪，分別量刑7個月及8個月，最高法院審查，維持原叛。

辦公室零用金，完全屬於其權限範圍，且係依循慣例辦理，自無違法。(二)、

其以他人發票核銷市長特別費之費用，實際上確有公務支出，領取目的並無不

法，且其無違法性之認識，係有權製作文書之人，當無變造私文書之犯行。

(三)、原判決量刑過重，與他案相較，顯失公平。(四)、如認上訴無理由，亦

請准予宣告緩刑云云。

然查：(一)、原判決就甲○以不實之工作獎金領據領取市長特別費中之五萬元

吐嘈王淺見：

侯寬仁「急功」，用行罰較重的貪污治罪條例起訴馬英九，又為了追加馬英九犯刑法的「背信欺詐罪」，偽造「筆錄」，以至全功儘棄，想加重馬英九的罪，反而幫了馬英九的大忙。如侯寬仁平實些，就事論事，就用刑罰較輕的刑法131圖利罪，起訴馬英九，歷史可能改寫。

二審法官也是在「特別費性質上」啄磨，（這是馬英九律師團戰略的成功，用各業管機關對「特別費性質」顯然有瑕疵的解釋，做陷阱（審計部、財政部、主計處對特別費都做有利馬英九有利的解釋，不只是討好馬英九，不救馬英九，也不能挖洞埋自己，幾十年下來，所有大小首長，包括他們自己，歷屆院長、部長、市長、縣長、總司令、、、99%，特別費都是一筆「爛帳」，），把檢察官和法官引到這非焦點的戰場耗，等到最高法院點破了「形勢審判馬英九無罪」。侯寬仁恍然大悟，「戰術的失敗倒因戰略指導錯誤。」如加上懸疑小說效果，侯寬仁是否是「藍營臥底的」？

負責任的最高法院法官，對檢察官引用錯誤法條（不管有意或無意），當然要糾正，如被告確實有罪，或者被告犯了檢察官所指控之罪以外之其他罪，法官可以追加或改判被告他認為適當之罪。（檢察官起訴前調查局長葉盛茂洩密，法官李英豪追加葉盛茂「圖利罪」就是一例）。「不告不理」有怠忽、縱容、薌愿之嫌！

特偵組最近追加起訴陳水扁，用艱澀難懂的詞語「非主管監督業務圖利」、「未經同意接受政治獻金」、「不違背職務受賄」是否和侯寬仁起訴陳水扁，有異曲同攻的效果？拭目以待！這些鬼把戲-唱雙簧，還要繼續演！

部分，已於理由內依甲○之供述、證人廖鯉、劉靜蓉、吳麗洳、伍必霞、周秀

霞、莊美珍、吳定國、蕭士芳、林得銓、孫蜀之證詞暨工作獎金領據及黏貼憑

證用紙、請領八十九年四月至九十年十月工作獎金之付款憑單、分開自領或領

回轉發市庫支票清單、分開電腦連線存帳市庫支票清單等相關證據資料，詳加

析論其得心證之理由，核無違法之情形。上訴意旨(一)所指，顯未依據卷證資

料，就原判決如何違背法令為具體之指摘，尚難認係合法之第三審上訴理由。

(二)、原判決認甲○以他人消費付款之發票充當原始憑證核銷市長特別費中原

始憑證列報部分，亦於理由內敘明依甲○之供承、證人吳麗洳、吳定國、林得

銓、孫蜀、莊美珍、周秀霞、蕭士芳、孫振妮、方惠中、張鈞綸、李玉如、趙

小菁、蕭明美、黃倩玫、何善台、丁永康、何貴美、蘇琬婷、黃正陽、陳周淑

穗、陳旋月、李魁士、吳孟閨、蔡謝菊等人之證述及第一審勘驗筆錄、原判決

附表二所示之統一發票、台北市政府秘書處黏貼憑證用紙、八十八年至九十五

年台北市市長特別費支出明細與實際消費人憑證黏存單及所附單據十四冊、信

用卡申登資料、刷卡明細等相關證據資料，詳予論敘其認定之理由。其取捨證

據核無違背客觀存在之經驗法則及論理法則。上訴意旨(二)，純係就屬原審採

證認事職權之適法行使，任意指摘，不能認已具備第三審上訴之法定要件。

(三)、九十四年二月二日刑法修正前第十六條所謂自信其行為為法律所許可而

有正當理由者，須依一般觀念，通常人均不免有此誤認而信為正當，亦即其欠

缺違法性認識已達於不可避免之程度者，始足當之，如其欠缺未達於此一程

度，尚不得邀同條但書所定免除其刑之寬典；修正後刑法第十六條明文規定除

有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任，尤同其旨趣。

甲○自承有以他人消費付款之發票充當原始憑證以核銷原始憑證列報特別費之

犯行明確，殊難謂其欠缺違法性之認識，亦不能認係通常人均不可避免而有正

當理由，原判決因而未適用刑法第十六條對甲○減輕其刑或免除其刑事責任，

尚無違法可言。(四)、量刑輕重，係屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，

苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第五十七條各款所列情狀而未

逾越法定刑度，不得遽指為違法。原判決關於甲○有罪科刑部分，從一重處斷

之連續公務員明知為不實之事項而登載於職務上所掌之公文書罪及連續公務員

假借職務上之機會變造私文書罪，其法定本刑分別為「一年以上七年以下有期

徒刑」及「七年六月以下有期徒刑」（法定刑加重後之刑度）。而原判決理由

內已說明審酌甲○擔任公務員多年，但因循苟且，未能恪遵法令規定，長期多

次以非實際用於公務之原始憑證報銷，影響社會對公務員之觀瞻，姑念其係圖

個人作業方便，非圖不法利益，情節非重，犯罪後復坦承部分犯行，深表悔

悟，犯後態度尚佳暨無前科之素行等一切情狀，分別量處有期徒刑一年二月及

一年四月，各減為有期徒刑七月、八月，並定應執行有期徒刑一年，顯已依其

行為責任為基礎，斟酌刑法第五十七條各款所列情狀而為刑之量定，復未逾越

法定刑度，自無違法情形存在。甲○泛指原判決量刑過重，顯失公平，亦非適

法之第三審上訴理由。是甲○上訴意旨以上情指摘原判決違背法令，核與法律

規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。而其餘上訴意旨，則係就屬

原審採證認事職權之行使及原判決已說明事項，任意指摘，且仍為單純事實之

爭執，不能認已合乎第三審上訴理由之形式要件。依上揭說明，甲○之上訴為

違背法律上之程式，應予駁回。又甲○之上訴既應為程序上駁回之判決，則其

請求本院諭知緩刑，自無從斟酌。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 九十七 年 四 月 二十四 日

最高法院刑事第五庭

審判長法官 張 淳 淙

法官 劉 介 民

法官 張 春 福

法官 蔡 彩 貞

法官 林 俊 益

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 九十七 年 四 月 三十 日

\_\_

吐嘈王心得

2008年諾貝爾獎經濟獎得主「克魯曼」在其著作，「一位自由主義者的良心」，書中談到「我們的世代在具有濃厚的民主價值及普遍共享繁榮的環境中成長。然而，這些價值觀和榮景卻逐漸流失」，他強調應面對挑戰，找回讓社會永續的價值觀。

台灣20年「本土執政的存在主義」高於一切的「普世價值」，就是「克魯曼」所指的現象。從特別費的一、二、三審檢察官及法官變調走樣的表現，請馬英九悶熱心自問：帶領台灣努力的方向，除了經濟、兩岸、政治以外，是否加上「普世共同善良價值觀」的重建？「法律人」是「法」最殘忍的「破壞者」，也是「法」的唯一「重建者」。馬英九，你要做「法」的「破壞者」抑「法」的「重建者」？

吐嘈王發表於 2009年馬英九就任週年前夕

[回首頁](http://wtwang.idv.tw/)