

最高法院刑事判決

111年度台上字第5133號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官劉穎芳
上訴人
即被告 陳福財

選任辯護人 卓詠堯律師

上列上訴人等因被告違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國111年8月31日第二審更審判決（110年度重上更四字第20號，追加起訴案號：臺灣臺北地方檢察署96年度偵字第18341號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

壹、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。

貳、本件原判決撤銷第一審關於上訴人即被告陳福財（下稱被告）部分之科刑判決，改判變更起訴法條，依行為時刑法第56條規定，論被告以連續依據法令從事公務之人員，對於職務上之行為，收受不正利益罪（下稱連續公務員職務上行為收受不正利益罪），處有期徒刑2年10月，褫奪公權2年，減為有期徒刑1年5月，褫奪公權1年，及為相關沒收、追徵之宣告，並說明被告上開犯行非屬違背職務收受不正利益。已詳敘認定犯罪事實所憑之證據及理由。

參、上訴意旨略以：

01 一、檢察官部分

02 僅就原判決認定被告有罪（連續公務員職務上行為收受不正
03 利益罪）部分提起上訴。原判決認被告此部分（即原判決附
04 表〔下稱附表〕壹所示）之犯罪事實係犯職務上行為收受不
05 正利益罪，而非違背職務收受不正利益罪，其判決適用法則
06 不當。理由如下：

- 07 1、依被告、證人王維崇（時任臺北縣〔現已改制為新北市，下
08 仍稱臺北縣，以配合工程名稱〕政府養護工程課〔下稱養工
09 課〕課長）、同案被告洪俊宏之陳述，本件「瀝青混凝土路
10 面鋪設厚度檢查表」係王維崇於民國93年底擔任養工課長
11 （長官）後，命令包含被告在內的所有屬官於估驗程序時，
12 原則上應該要實際進行鑽心取樣工作並且確認瀝青混凝土施
13 作厚度，據實記錄在檢查表內，縱使可以將該表交給廠商代
14 為填寫，但承辦公務員仍要確認其上記載無誤，是被告執行
15 承辦人職務時若違背上開命令，即屬違背修正前公務員服務
16 法第2條所定的屬官服從義務，而屬違背職務的行為。
- 17 2、依王維崇之陳述（若於估驗時未鑽心取樣檢測厚度，應告知
18 初驗官，初驗官則可能需再多鑽孔，以達到規定之取樣數目
19 等語）及卷附「○○縣○○路平專案不法案估驗、正驗彙整
20 表」記載，縱可認定該檢查表並非每案均需填載，但究不能
21 憑此反推，已經確定要在估驗程序中執行鑽心取樣測量厚度
22 的各該工程承辦人，沒有在檢查表上如實記載的義務，若未
23 依程序如實執行與紀錄，仍屬違背職務行為。
- 24 3、被告當時對於本案94年度○○縣道路維修工程第五區及第C
25 區工程（下稱本案工程）未依正常程序執行估驗，且廠商以
26 其他鑽心試體冒充本案試體的手法甚為粗劣，並非少數試體
27 作假，而是數量繁多，以被告之專業與經驗，應可輕易發覺
28 有異，竟於檢查表上的承辦人欄、製表欄核章表示確認實鋪
29 厚度無訛，又於附表壹所示兩次估驗期間（94年9月30日、9
30 5年1月4日），三度接受廠商不正利益招待，其刻意放水不
31 予實質審查與收受不正利益之間，顯有對價關係，應論以違

01 背職務收受不正利益罪，且一行為同時觸犯行使公務員登載
02 不實文書罪。原判決僅論以對於職務上之行為，收受不正利
03 益罪，有適用法則不當之違法。

04 二、被告部分

05 (一)就附表壹編號1部分，其雖於法務部調查局詢問（下稱調
06 詢）時坦認曾接受證人杜奇清（國泰營造股份有限公司〔下
07 稱國泰公司〕經理）之招待至○○市○○街三井日本料理餐
08 廳用餐（下稱三井用餐），但訊後即具狀澄清該自白係因注
09 意力不集中致生口誤，並非事後更易說詞；且依杜奇清於第
10 一審之陳述，對有否招待其至三井用餐，確有疑義；縱認其
11 於94年10月20日與杜奇清一同在三井用餐屬實，其承辦94年
12 度○○縣道路維修工程估驗之時間為同年9月30日，當時所
13 承辦之工程已完成估驗程序，估驗款亦已核發，此次之用餐
14 招待與其承辦之職務並無關聯。

15 (二)就附表壹編號2、3部分，其於調詢中係稱：我記得杜奇清有
16 邀我去按摩過1、2次，但我沒有去等語，杜奇清於調詢中亦
17 陳述：曾約公務員去按摩，然其未赴約等詞；且其曾去函要
18 求國泰公司依約加鋪厚度，自無收受不正利益又要求廠商重
19 新鋪設之可能。原判決未審酌此等證據，亦未說明不採之理
20 由，有理由不備之違法。

21 肆、惟查：

22 一、關於被告提起第三審上訴所指摘部分

23 (一)證據之取捨及事實之認定，均為事實審法院之職權，倘其採
24 證認事並未違背證據法則、經驗法則或論理法則，復已敘述
25 其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。又貪污治罪
26 條例第5條第1項第3款對於職務上之行為收受賄賂或不正利
27 益罪，祇須所收受之金錢、財物或不正利益與其職務有相當
28 對價關係，即已成立，且包括假借餽贈、酬謝、聯誼等各種
29 名義之變相給付在內。而是否具有相當對價關係，應就職務
30 行為之內容、交付者與收受者之關係、賄賂之種類、價額、
31 贈與之時間等客觀情形綜合加以審酌，不可僅以當事人所供

述形式上收受金錢或其他利益之原因為餽贈、酬謝、聯誼等，即謂與職務無關而無對價關係。又所謂職務上之行為，係指公務員在其職務範圍內所應為或得為之行為而言，祇要該行為與其職務具有關聯性，實質上為該職務影響力所及者，即屬相當。且職務上行為之行賄者，支付此等相對給付，祇須就某一特定職務行為概括地確定，在大體上可認定其間具有對價關係之程度，即為已足，並不以對職務上行為之種類與內容具體而詳細地加以確定為必要。再所謂對價關係，僅需行、受賄雙方主觀上有為職務上之行為及交付財物或不正利益之認識即可，不以客觀上受賄人可使行賄人取得優惠之待遇為必要，其數額亦不以與行賄人所期待獲得之利益成一定比例為限。故公務員所收受之金錢、財物或不正利益，若與其職務範圍內允諾踐履賄求對象之特定行為，具有相當對價關係者，縱假借餽贈、酬謝、聯誼等各種名義之變相給付，亦難謂與其職務無關而無對價關係，且究係事前抑或事後給付，以及該公務員事後是否確已踐履該項職務上之特定行為，俱非所問。

(二)原判決依憑被告於調詢及偵查之陳述（曾與杜奇清一起去三井用餐過1、2次，杜奇清曾招待伊至三井餐廳吃飯；有跟杜奇清一起去臺北市某按摩店按摩過1、2次，費用由杜奇清支付）、杜奇清於調詢（96年3月22日）、第一審、上訴審、更一審之證述、證人周德福（國泰公司副總經理）、許素蘭（國泰公司財務）之陳述，及國泰公司之轉帳傳票、報銷清單及卷附其他證據資料等，經綜合判斷，本於事實審推理之作用，認定其有前揭犯行。並敘明：上開94年10月報銷清單上有「10.20」、「10/20三井JD00000000」、「路平五區，會堪（勘），財哥」，94年11月報銷清單上有「11/15」、「按摩」、「路平C標(陳)財哥」，94年12月報銷清單上有「12/1」、「按摩」、「12/1大富豪」、「7740」、「路平C區坪林會堪（勘）」、「財哥」等與附表壹事實相關之文字記載。該報銷清單均由杜奇清製作後由周德福核銷，報銷

清單上之款項均有向國泰公司請款而取得款項，而被告是本案工程負責監造業務之承辦人，前揭報銷清單之款項支出日期，上開道路維修工程仍有估驗、會勘需進行，杜奇清因希冀上揭工程中獲得便利、融通或協助，而在附表壹所示時間向公司請款，招待被告提供如附表壹所示之用餐或按摩之不正利益，被告收受杜奇清給予不正利益之際，就日後於其在本案工程之職掌事務上給予便利、融通，自己形成對價合意；杜奇清於調詢及第一審所為未招待被告用餐或按摩之相異陳述部分，不可採；被告否認犯罪之辯解（包括其與杜奇清一起用餐係自己付錢、其未接受杜奇清招待按摩、其調詢之自白係因注意力不集中致生口誤），不可採等旨。而被告上開所為接受杜奇清至三井用餐、至按摩店按摩招待之陳述，係就調查員提示上開相關報銷清單之記載為提問時所為回答，調詢距該吃飯、按摩等招待之時間已過經年，被告雖答以時間不確定或已忘記，而未敘及確切時間，但已足見杜奇清向國泰公司請款及公司相關簿冊之記載確有其憑據，是被告之陳述，佐以杜奇清之證述及國泰公司之轉帳傳票、報銷清單，相互勾稽，憑以確定被告收受附表壹所示不正利益之各次時間，與經驗法則及論理法則亦屬無違。原判決所為論斷、指駁，均有卷內資料可資覆按，無採證認事違反經驗、論理等證據法則之違誤。

(三) 本案工程性質係採「開口合約」發包形式，即在合約金額限度內，得標廠商需依照養工課所指派之工地監工指示，至指定之路段施作道路維修工程，並依照其指定之道路維修施工方法，包括舊有路面是否需先銑刨或是直接新鋪瀝青混凝土，亦需依照監工之指示施作，開始施作道路維修工程後，更有接續估驗工程款、工程驗收（含初驗及正驗）及核付工程款等相關履約之互動細項，並非屬一次性工程合約性質，其間關涉廠商履約之監督、核付工程款之查驗與核定程序繁多，只要於其中環節稍有刁難，廠商即陷於麻煩與困難，被告身任負責監工承辦公務員自是深知，其於職掌事務上，或

給便利、融通，或嚴苛以對，存乎一心，為使便民與圖利之模糊界線得以明確區隔，避免瓜田李下接受廠商招待，乃公務風紀倫理上之必要自我要求，被告承辦如此頻繁且利害關係層層之本案工程監督職責，卻不避嫌於工程接續進行中，屢接受廠商上開不正利益招待，其主觀上就其於未來職掌事務上給予國泰公司有所便利與融通，核與廠商提供利益之用意與給付作為，自形成對價之默示之合意。被告上訴意旨有關有無對價關係及被告有無用餐、分擔餐費、按摩等爭執，顯係對原審取捨證據與判斷證據證明力之職權行使及原判決已經說明之事項，或係就不影響原判決本旨之枝節問題，徒憑自己之說詞，而為事實之爭辯，均非適法之第三審上訴理由。

二、關於檢察官提起第三審上訴所指摘部分

（一）第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，以判斷其適用法律之當否。又貪污治罪條例第5條第1項第3款之「職務上之行為收受不正利益」及同條例第4條第1項第5款之「對於違背職務之行為收受不正利益」，均係公務員就其職務上之行為收受賄賂（金錢或得以金錢計算之財物）以外，足以供人需要或滿足人之慾望之一切有形、無形利益為其成立要件。該兩罪俱係具公務員身分之人，不法收取不正利益為其構成要件之主要事實，其客觀構成要件之主要事實雷同，僅因行為人不法收取不正利益時與行求者合意對價之職務上行為，是否屬違背職務性質之原因有所不同。且就行求不正利益者而言，其交付不正利益希冀有利於己之目的均屬相同，僅其就公務員職務權力性質之認知有所不同而已。在不妨害事實同一之範圍內，得變更起訴法條。本件依原判決所認定之事實，係被告明知從事公務之人，不得收受廠商交付之不正利益，且廠商招待用餐、按摩之目的，無非冀望其於職務上給予便利、通融，基於職務上行為收受不正利益之概括犯意，而連續為附表壹編號1至3所示行為等情。已於理由內說明，如何認定犯罪事實所憑證據及理由。

01 (二)原判決就被告不構成違背職務收受不正利益犯行，敘明：

02 1、檢察官原追加起訴被告明知○○縣○○○○○○道路工程
03 (含本案工程)之監工及估驗或驗收人員，對於廠商得否順
04 利領得估驗、驗收等工程款，具有職務上之權力，被告任監
05 工職務，基於對於公務員違背職務行為賄賂、行使業務上登
06 載不實文書之犯意，於附表壹(上開有罪部分，即追加起訴
07 書附表二編號二(1)、附表二編號一(1)(2))及附表貳之一(即
08 追加起訴書附表三編號二、附表三編號三部分)、附表貳之
09 二(即追加起訴書附表一編號一(1)(3)(4)、附表二編號二(2)、
10 附表一編號一(1)、附表二編號三、附表一編號二(1)(2)、附表
11 二編號一(3)部分)所示之時間，收受杜奇清或周德福之賄
12 賂，或接受按摩等招待之不正利益後，湯憲金則指派周德福
13 及杜奇清在如附表貳所示之工程施作路段上，指示不知情之
14 工人銑刨未達設計厚度2至7公分不等之路面、鋪設未達厚度
15 5公分之路面，然施工數量計算表及工程估驗單均填載銑刨
16 及鋪設厚度均已達5公分之不實記載，且施工照片亦係經不
17 知名之國泰公司人員以合格試體，在不同之背景重複拍攝下
18 製作估驗鑽心照片抑並在該照片拍照日期、施工位置欄位上
19 填載不實之紀錄後送經被告為虛偽之審核，被告則在估驗或
20 驗收時，故意未到施工現場查核鑽心位置及厚度是否與廠商
21 所提之估驗鑽心照片相符，竟同意國泰公司所提之前開估算
22 數量，而使不知情之養工課人員誤以該次估驗數量已經被告
23 覈實，而同意撥付估驗款項予國泰公司(被訴收受賄賂、不
24 正利益之時間、地點、犯罪事實均詳如附表貳所載)。因認
25 被告涉犯貪污治罪條例第5條第1項第3款職務收受賄賂(不
26 正利益)罪、同條例第4條第1項第5款違背職務收受賄賂
27 (不正利益)罪及刑法第216條、第213條行使公務員登載不
28 實文書等罪嫌。被告被訴附表貳所示職務上行為收受賄賂、
29 違背職務收受賄賂及不正利益等罪嫌部分，均經原判決為不
30 另為無罪諭知。是追加起訴意旨所認被告收受湯憲金、周德
31 福、杜奇清所交付之現金賄賂及以提供按摩、女伴陪侍等不

01 正利益（即附表貳一、二部分）後，明知湯憲金為相關道路
02 維修工程（含本案工程）之施作，「未依合約規定如實銑刨
03 及鋪設，仍於估驗程序為虛偽審核，養工課人員誤以該次估
04 驗數量已經被告等覈實，而同意撥付估驗款項」等節，二者
05 間已無對價關聯性等旨。據此，被告附表壹之行為，是否因
06 此於附表肆（原判決誤載為四）之估驗程序，故意未到施工
07 現場查核鑽心位置、厚度及放水而為虛偽審核，其間之對價
08 關聯性，已甚薄弱。

09 2、綜合王維崇於偵查（陳述：於95年8月前，養工課並未要求
10 課內同仁於估驗時應有哪些作為，因此並不會檢查估驗紀錄
11 是否有鑽心紀錄，且係於95年10月要求課內同仁於估驗時製
12 作紀錄）、第一審（陳述：政府採購法中並無估驗此一名
13 詞，只有初驗及正驗，臺北縣政府怕數量有問題，因此派估
14 驗人員作抽查，臺北縣政府並無嚴格規定查驗數量時，承辦
15 人應做何事，亦無制式表格規定估驗人員應進行哪些事項，
16 內部也無懲處估驗階段有疏失之人員之相關規定）及上訴審
17 （證述：依本案工程合約，估驗時不一定做查驗，亦無相關
18 規範規定估驗官應鑽心取樣，公共工程委員會之規定僅就初
19 驗應如何查驗為規範）之陳述、新北市政府107年8月31日新
20 北府工養字第0000000000號及新北市政府工務局109年5月7
21 日新北工養字第0000000000號2函文、本案工程之工程契約
22 書及其所附瀝青混凝土面層施工說明書第4.1.3規定、○○
23 縣○○路平專案不法案估驗正驗彙整表（同屬工程估驗人員
24 之王維崇、陳建隆、曾國嵐、吳志清等人均未檢附厚度檢查
25 表）等證據資料，可確認本案工程當時並無承辦人應如何查
26 驗之具體規範；王維崇另為：相關正式驗收階段（初驗及正
27 驗）無庸就於估驗階段曾檢測之點再為抽驗之規範之陳述，
28 係其個人意見之詞，是否可採，實有疑義，且不得僅因正式
29 驗收人員之便宜行事，未於正式驗收階段（初驗及正驗）對
30 已於估驗程序檢測過之鑽心點再查驗，而逕將確認竣工數量
31 之責任轉嫁予估驗人員或承辦人承擔；內政部96年3月20日

01 台內中營字第00000000000號函及臺北縣政府工務局97年8月
02 11日北工養一字第00000000000號函，均不能為被告於本案工
03 程之估驗過程違背職務之認定依據等旨。原判決認被告擔任
04 上開道路維修工程之承辦人，就本案工程於94年9月30日、9
05 5年1月4日所進行之估驗程序並未有何違背職務行為，因而
06 變更起訴法條，改論處被告以連續公務員職務上行行為收受不
07 正利益罪刑。依原判決所確認之事實，及其前揭論斷說明，
08 其適用法律並無不合。檢察官上訴意旨主張被告有違背職務
09 行為及行使公務員登載不實文書，顯係對原審取捨證據與判
10 斷證據證明力之職權行使及原判決已說明之事項，持不同之
11 評價，而為事實之爭辯，非適法之第三審上訴理由。

12 (三)檢察官主張被告上開之罪，尚想像競合犯行使公務員登載不
13 實文書部分

14 1、案件自第一審繫屬日起已逾6年且經最高法院第三次以上發
15 回後，第二審法院更審維持第一審所為無罪判決，或其所為
16 無罪之更審判決，如於更審前曾經同審級法院為二次以上無
17 罪判決者，不得上訴於最高法院，刑事妥速審判法（下稱速
18 審法）第8條定有明文。所謂無罪判決，包含在判決主文之
19 內直接宣告被告無罪，及部分原係無罪，僅因檢察官認具實
20 質上或裁判上一罪關係，故祇於判決理由內以不另諭知無罪
21 方式處理，未顯現於主文之情形。

22 2、經查：公訴意旨以被告被訴如附表壹收受不法利益犯行部
23 分，尚一行為觸犯刑法第216條、第213條行使公務員登載不
24 實文書罪嫌等語。惟本件於97年3月5日繫屬於第一審法院，
25 迄今已逾6年，且經本院3次以上發回更審，原（更四）審法
26 院就此部分被訴事實係不另為無罪諭知（見原判決第65至70
27 頁），於本次更審前曾經同審級之原審法院2次於理由中敘
28 明不另為無罪諭知之旨（見104年度重上更(一)字第30號判決
29 第42至47頁、107年度重上更二字第23號判決第46至52
30 頁），依上開規定及說明，此部分被訴事實已符合速審法第

8條之規定，自不得上訴於第三審法院。檢察官上訴意旨就此所為之主張，亦非適法之第三審上訴理由。

伍、檢察官及被告之上訴皆違背法律上程式，均應予駁回。

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 112 年 8 月 23 日

刑事第六庭審判長法官 李英勇

法官 鄧振球

法官 楊智勝

法官 邱忠義

法官 洪兆隆

本件正本證明與原本無異

書記官 林怡靚

中 華 民 國 112 年 8 月 28 日