最高法院刑事判決

113年度台上字第4708號

上　訴　人　呂超群

選任辯護人　李永裕律師
　　余席文律師
　　林　凱律師

上　訴　人　黃金澤（原名黃金寬）

選任辯護人　彭紹瑾律師
　　謝清昕律師
　　施宣旭律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國113年7月11日第二審更審判決（110年度重上更一字第51號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署100年度偵字第12249號，追加起訴案號：同署97年度偵字第22558、24744號，98年度偵字第1637、2156、2157號，101年度偵字第13624號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件原判決撤銷第一審關於論處上訴人呂超群共同連續公務員犯經辦公用工程浮報價額收取回扣罪刑、上訴人黃金澤非公務員與公務員共同連續犯經辦公用浮報價額收取回扣罪刑，均褫奪公權，並諭知相關沒收部分之不當判決，改判依想像競合犯從一重論呂超群共同連續犯經辦公用工程舞弊罪（相競合犯公務員登載不實罪），處有期徒刑7年，褫奪公

權5年，黃金澤非公務員與公務員共同連續犯經辦公用工程舞弊罪（相競合犯以詐術使開標發生不正結果<既、未遂>、借用他人名義投標、背信<既、未遂>罪），處有期徒刑7年6月，褫奪公權6年，已繳交國庫之犯罪所得新臺幣（下同）280萬元沒收。固非無見。

二、惟按貪污治罪條例第4條第1項第3款所定經辦公用工程舞弊罪，其立法目的在防杜公務員於公用工程或器材之建築、經辦或購辦過程中，利用其職務上之權限或機會，以不正方法侵害或足以侵害公庫財產，致公庫負擔不當支出。所謂「浮報價額」，係指決標或給付金額逾越工程或採購之實際合理成本及合理利潤，因而形成虛增支出之價差，使公庫負擔本不應支出之費用；「收取回扣」，則係指公務員自原應給付廠商之工程價金或採購價款中，提取一定比例或金額歸於自己或第三人，其財源既出於公庫支付之價金，本質上亦係藉由不正方法侵害公庫財產；至「其他舞弊情事」，則係補充未必符合浮報價額或回扣之形式，而以其他不正方法侵害或足以侵害公庫財產之行為。然基於罪刑法定原則與體系解釋，上開「其他舞弊情事」之適用範圍，仍應限於與浮報價額或收取回扣具有相當財產侵害性質之行為，不得擴張解釋至僅屬採購程序違常、行政裁量失當，或未致公庫受有財產上不利益之情形。相對而言，貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪，係以公務員違背法令而使特定人取得不法利益為構成要件，其規範重點在於防止公務員濫用職權以圖私人利益，所保護之法益為公務執行之公正性及人民對公務員廉潔之信賴，並不以公庫實際發生財產損害為必要。至政府採購法第87條第3項之妨害投標罪，則係以詐術或其他非法方法破壞採購程序之競爭秩序，使開標或決標結果發生不正確為要件，其所保護者為公共採購制度之公平競爭秩序，且不以行為人具有公務員身分或公庫發生財產損害為必要。是以，在公共採購案件中，上開犯罪雖可能因行為態樣而同時或交錯發生，然其規範目的與保護法益各有不同，經辦公用

工程舞弊罪著重於公庫財產之實質侵害，圖利罪重在公務員違法濫權所生之利益取得，妨害投標罪則重在採購程序競爭秩序之破壞。於具體案件之適用上，自應依行為態樣、侵害法益之內容及其所生結果，分別加以審認，不得混為一談。又刑事責任之成立，以行為人對於犯罪構成要件事實具備認識與意思為必要。倘行為人僅承認部分客觀行為，而否認或未涉及犯罪構成要件之主觀意圖，尚難僅憑客觀行為之外觀，即遽行推認其具有相應之犯罪故意。故於公共採購案件中，縱部分公務員之行為已該當收受賄賂、圖利等貪污犯罪之構成要件，部分非公務員亦可能因行賄或以詐術圍標而成立妨害投標等罪責，然對於經辦公用工程之其他公務員，或部分已涉犯收賄、圖利或其他罪名之公務員，如其行為並未涉及浮報價額、收取回扣，或其他與之具有相當財產侵害性質之舞弊行為，即難認其具有侵害公庫財產之故意與行為，自不得遽論以經辦公用工程舞弊罪之共同正犯或共犯，始符罪責相當原則。

三、經查：

㈠原判決理由既說明周德任於調查機關所為之陳述屬審判外陳述，因不具傳聞法則例外而認無證據能力（見原判決第9頁）；其後又引用該錄音勘驗所得之供述內容作為論證基礎（見原判決第15至17頁）。惟法院勘驗錄音係屬對物證（錄音載體）之調查程序，並不改變錄音內容之證據性質，倘其內容屬於審判外陳述，仍須符合傳聞證據之例外規定始得作為證據。原判決一方面否定該陳述之證據能力，另一方面又引用其內容作為判斷依據，其證據能力與證明力之說明理由已有矛盾。

㈡原判決就呂超群主觀犯意之認定，係以其於採購程序中之若干行政行為及在場情形，推論其深知內情並具舞弊犯意，而未認定其是否知悉本件採購案之實際施作成本與價差分配機制，亦未說明其有何居間聯繫廠商、編列工程預算、製作規範或核定底價等足以參與價差形成之具體行為，僅以其宣布

工程廢標、指示記載不實廢標理由、依指示轉交資料及於葉步來（時任桃園縣平鎮市<嗣改制為桃園市平鎮區>市長）斥責馮輝文時在場等事實為基礎，即推認其對整體價差結構具有認識並具侵害公庫財產之故意。且依原判決事實欄所載，本件係透過借牌參標、操控監造標規格與預算編列、浮報價格、製造競爭假象等方式，使內定廠商得在預先約定之實際施作費用基礎下，以高於該等費用之決標價格得標，並由參與標案之廠商與俗稱「掮客」之介紹人分配差額牟利，而未涉及公務員收取回扣、獲得不法利益之情形，復未認定呂超群轉交之評選委員名單本身即屬舞弊手段，或其在場聽聞葉步來斥責馮輝文之相關內容與反應，亦未說明相關行為與不法價差形成之具體關聯。是在呂超群僅參與部分採購程序，且無公務員取得不法利益之情況下，如何進一步推論其有浮報價額、收取回扣或具有同等危害性之其他舞弊行為，且對公庫財產侵害結果具有主觀故意，論證理由亦欠明確。

㈢經辦公用工程舞弊罪係以公務員身分為構成要件之純正身分犯，非公務員依刑法第31條第1項成立共同正犯，仍須以前揭有身分者已具該罪構成要件，且其對於侵害公庫財產之行為及結果具有共同犯意為前提。倘有身分者是否具備侵害公庫財產之故意尚待釐清，則無身分者是否與之形成該重罪之犯意聯絡，自亦難以確定。原審就同案公務員主觀犯意之說明，主要著眼於採購程序運作情形與得標結果之形成，至其等是否明確認識實際成本、決標價額與價差分配機制，並基於該認識而意圖侵害公庫財產，則未見具體論證，致非公務員責任評價之基礎亦欠明確。原判決逕論黃金澤為非公務員而與公務員共同連續犯貪污治罪條例第4條第1項第3款之經辦公用工程舞弊罪，並以其分得價差款項為據，認具共同舞弊之犯意，責任評價基礎亦欠明確。此外，依原判決事實欄所載，本件係透過浮報價格等方式，使內定廠商得以取得差額牟利；判決理由卻以該等手法環環相扣為由，認與「單純公務員於自辦合法之建築或經辦公用工程或購辦公用器材、

物品中浮報價額取得價差之不法利益」情形有間，改以「其他舞弊行為」評價（見原判決第65頁第8至26列）。既認有浮報價額之事實，復謂與「浮報價額」之態樣有別，而以「其他舞弊情事」評價，前後說明亦有未合。

四、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，且原判決前開違背法令之情形，影響事實之確定，本院無可據以自為裁判，應認原判決關於違反貪污治罪條例部分有撤銷發回更審之原因。至原判決關於呂超群相競合犯公務員登載不實罪，黃金澤相競合犯以詐術使開標發生不正確結果（既、未遂）、借用他人名義投標、背信（既、未遂）罪部分，基於審判不可分原則，併予發回。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　11　　日

刑事第八庭審判長法　官　梁宏哲

法　官　楊力進

法　官　游士珺

法　官　鄭富城

法　官　劉方慈

本件正本證明與原本無異

書記官　李丹靈

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　17　　日