最高法院刑事判決

114年度台上字第1328號

上　訴　人　潘欣豪

選任辯護人　林宗竭律師
　　蔡頤奕律師

上　訴　人　鍾斌全

選任辯護人　曾泰源律師
　　林國泰律師
　　吳明益律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國113年7月31日第二審判決（112年度原上訴字第43號，起訴案號：臺灣臺東地方檢察署107年度偵字第2139號、108年度偵字第633號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院花蓮分院。

理　由

一、原判決認定上訴人潘欣豪、鍾斌全有如其犯罪事實欄(包括其附表〈下稱附表〉一、二)所載之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判依想像競合犯之例，從一重論處潘欣豪犯貪污治罪條例第4條第1項第5款對於違背職務行為收受賄賂罪(想像競合犯同條例第5條第1項第3款對於不違背職務行為收受賄賂罪、刑法第132條第1項洩漏國防以外秘密罪)、鍾斌全犯貪污治罪條例第11條第4項、第1項對於違背職務行為交付賄賂罪(想像競合犯同條例第11條第4項、第2項對於不違背職務行為交付賄賂罪)，並諭知相關褫奪公權、沒收。固非無見。

二、惟按：

㈠審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於職權定其取捨，依心證而為判斷。此項判斷職權之運用，應受客觀存在之經驗法則、論理法則所支配，非可任意為之，觀諸刑事訴訟法第2條第1項、第155條第1項規定即明。又證據雖已調查，但若仍有其他重要證據或疑點尚未調查釐清，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，仍難逕為被告有利或不利之認定。如遽行判決，難謂無應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

又機關辦理採購，其招標文件於公告前應予保密。但須公開說明或藉以公開徵求廠商提供參考資料者，不在此限；機關辦理招標，不得於開標前洩漏底價，領標、投標廠商之名稱與家數及其他足以造成限制競爭或不公平競爭之相關資料，政府採購法（以下簡稱採購法）第34條第1項、第2項分別定有明文。其中第1項係規定「公告前」應保密事項，其保密對象為「招標文件」，以避免得知招標文件內容之廠商得以事先準備，對其他廠商顯不公平現象。第2項則規定「開標前」應保密事項，其保密對象為「底價」、「領標」、「投標廠商之名稱與家數」及「其他足以造成限制競爭或不公平競爭之相關資料」，以防止廠商藉先行瞭解底價及其他競爭者之資料，而造成不公平之現象。

再貪污治罪條例第5條第1項第3款所稱「職務上之行為」，係指公務員在其職務權責範圍內所應為或得為之行為而言。亦即指其權限範圍內之事項，而不違背其義務責任者。反之，若在其職權範圍內，不應為而為之，或應為而不為，或不以正當方式為之，而與其職務上之義務責任有所違背，則屬同條例第4條第1項第5款所稱「違背職務之行為」。而所稱職務係指職權事務，即公務員於任職期內，皆有一定範圍之職掌事務，而本此職掌事務負有其處理之職權與職能，此職權事務之取得究係直接出於法令規定，抑或上級主管長官之授權分配，究係永久性或臨時暫兼辦性質，並非所問。再

者，職務範圍除公務員之具體職務權限及一般職務權限外，即或雖非法律所明定，但須與其固有職務權限具有密切關聯之行為，始屬其職務行為之範疇。

原判決說明：附表二編號1至8所示潘欣豪行為，均屬其違背職務之行為，其中附表二編號1、3、5、6所示行為，潘欣豪在招標準備階段，洩漏採購案「預計上網公告日期」予鍾斌全；附表二編號7所示行為，潘欣豪使鍾斌全得到採購案規劃資料；附表二編號9至20所示行為，均屬其職務上之行為。又附表二編號10所示行為，與其承辦「107年環島公路技服案」採購案之職務有密切關聯等語，因而據為潘欣豪、鍾斌全不利之認定。

1.原判決認定附表二編號9至20所示，潘欣豪所為均屬其職務上之行為等語。然就其中附表二編號9(討論工程進度)、11至17(告知評選時間、告知召開部落會議、傳送施工進度、約定場勘預計施工地點、帶同鍾斌全場勘工地、協助製作決算書及結算驗收程序、協助聯繫結算驗收事宜)、18(協助抽換預算書、修改駐點及前瞻計畫申請經費)、20(協助與上級及補助單位協調施工地點、討論設計監造內容)所示行為，並未說明此為其職務上應為或得為之行為之理由，已欠允當。則附表二編號9、11至17、18、20所示，究竟係潘欣豪職權範圍內所職掌事務之何項固有職務權限?或具有所謂密切關聯之行為?尚有不明。原判決予未說明所憑之依據及理由，遽為不利於潘欣豪之認定，有理由欠備之違法。

2.原判決雖說明：潘欣豪經辦、執行、監督「107年各村道路技服案」、「107年環島公路技服案」工程，在○○縣○○鄉公所(下稱蘭嶼鄉公所)未公告前，是否成案、何時公告招標、招標具體內容(範圍)為何，均在未定之中，應予保密，尚難因廠商之風聞臆測工程之存在，而否定公告日期之秘密性質等語，並引用行政院公共工程委員會(下稱工程會)民國111年4月6日工程企字第0000000000號函(下稱工程會114年4月6日函文)略以「預計上網公告日期，如為招標文件之全部

或一部，且公告前洩漏可能造成不公平現象者，屬採購法第34條第1項之招標文件」為據。然採購法第34條第1項規定，機關辦理採購，在公告前應予保密者為「招標文件」，已如前述。惟原判決未予調查、釐清，亦未說明潘欣豪附表二編號1、3、5、6洩漏予鍾斌全之「預計上網公告日期」，是否為「107年各村道路技服案」、「107年環島公路技服案」之招標文件之全部或一部?逕為潘欣豪、鍾斌全不利之認定，有調查責職未盡及理由欠備之違法。

3.原判決載敘：潘欣豪提供予名碁工程顧問有限公司(下稱名碁公司)之預計規劃路段word檔案、預計工區位置手稿檔案、預計施工路段照片(即附表二編號7所示)，固然未存在於招標文件中，惟該等資料內容實質上仍係在「107年環島公路技服案」核定之採購範圍，若承辦採購案之公務員提供上開資料予特定廠商，該廠商即可預先準備，以較少時間、較高效率，作出較符合實際需求，獲得評選委員給予高分評價，而潘欣豪既係實際執行、監督「107年環島公路技服案」採購案之人，其製作上述文件，自與其職務具有密切關聯性等語。然卷查，依「107年環島公路技服案」招標文件中之公共工程技術服務契約第2條第2項約定：乙方(指簽約廠商)應給付之標的及工作事項：107年度蘭嶼環島公路(東80)道路改善工程委託規劃、設計及監造技術服務並配合甲方臨時交付、災修害復建提報及中央計劃提報。詳如第2條附件(見第一審卷㈤第495頁)。而第2條附件2第2點，已明示：簽約廠商在規劃方面，須提供勘查工程基地規劃服務、提供必要之基地地形測量資料、繪製工程基地位置、計畫相關資料之補充、分析及評估、運輸規劃、都市計畫、區域計畫等語(見第一審卷㈤第525頁)，可見關於地形測量資料、繪製工程基地位置等資料，係簽約廠商名碁公司所應提出之承攬工程之文件，而僅與潘欣豪職務上應為或得為之行為有關，似非即為其職務上應為或得為之行為。又原判決說明此部分非屬招標文件，其中照片係潘欣豪自行拍照完成等語(見附

表二編號7備註欄、原判決第13頁)。另潘欣豪於偵查中供述：(為何要幫他們拍這些照片?)因為鍾斌全每個月另外提供給我薪資等語(見他字第737號卷㈡第35頁)。如果無訛，潘欣豪提供予名碁公司預計規劃路段word檔案、預計工區位置手稿檔案、預計施工路段照片等資料，是否係其本於職務行為所製作?即有不明。究竟潘欣豪製作預計規劃路段word檔案、預計工區位置檔案、預計施工路段照片，與其職務行為上具有何等密切關聯性?該等資料是否為採購法第34條第1項、第2項應保密之文件?均有疑義。原判決未予調查、釐清，逕行認定附表二編號7所為，與其職務上之行為具有密切關聯性，或係其職務上之行為為由，因認潘欣豪違背職務行為收受賄賂，遽行判決，致潘欣豪上訴意旨執以指摘，難昭折服，有調查職責未盡及理由欠備之違法。

㈡貪污治罪條例對於職務上行為或違背職務行為收受賄賂罪，旨在排除國家公務與賄賂之連結，以維護國家公務執行之公正，及確保人民對於公務不可收買之信賴。該罪之非難核心，在於公務員以其已經實施或即將實施之職務行為，作為其收受賄賂或不正利益之對價。至是否具有對價關係，則應就職務行為之內容、授受雙方之關係、授受金錢、財物或利益之種類、價額、授受之時間等客觀情形，依社會通念綜合判斷。

原判決認定：鍾斌全給付予潘欣豪附表一所示之金錢，係包含附表二編號9至20所示行為各節，均屬潘欣豪職務上之行為支付之代價等語。惟卷查，潘欣豪係蘭嶼鄉公所財經課約僱人員，辦理蘭嶼鄉公所財經課土木工程職系技士職缺所遺業務及上級臨時交辦事項，負責辦理各項工程相關採購案件之簽辦、招標、決標、執行、驗收等職務。而潘欣豪與名碁公司簽訂之工作契約協議書，約定：「一、乙方(指潘欣豪)至蘭嶼鄉公所擔任約僱技士，除了完成機關委任工作外，尚須協助甲方(指名碁公司)辦理甲方承攬之測設工作、工作內容包括測量、監造作業(包期報表、查驗表單、施工照片、

絕(決)算等)；二、乙方每月薪資新臺幣（下同）8萬5千元，支薪單位由蘭嶼鄉公所支付約僱技士薪資，不足8萬5千元部分由甲方以現金每月10日支付，給付薪資包含每月交通補助費用」等節，有該協議書在卷可憑(見偵字第2139號卷第117頁)。如果無訛，潘欣豪或係以公務員身分違反規定兼職名碁公司指派之測量及監造工作，惟潘欣豪本於公務員身分，從事附表二編號9至20所示行為，是否與鍾斌全給付附表一所示之金錢有刑事不法之對價關係?其中附表二編號10所示傳送蘭嶼各部落入口道路及意象照片予鍾斌全之行為，各該照片如何取得?是否屬潘欣豪單純為鍾斌全或名碁公司工作?此是否為其職務上應為或得為之行為?附表二編號9、11至20所示，關於：討論工程進度；採購案評選後告知採購案評選時間、告知道路拓寬寬度範圍及道路用地日後召開部落會議；要求採購案得標廠商傳送施工進度；約定場勘預計施工地點；勘察工地；協助製作採購案之決算書及結算驗收程序；協助聯繫結算驗收、抽換採購案預算書、協助修改駐點、協助就超出預算部分、以前瞻計畫申請經費；修改及抽換決算書；協調施工地點及討論設計監造內容等事項，是否屬於潘欣豪主要為名碁公司工作之事項，而非其職務上應為或得為之行為?是否僅係潘欣豪違反公務員不得兼職規定?可否認定全數均具有刑事不法之對價關係?均有進一步研求之餘地。原判決未逐一調查、釐清，逕為不利於潘欣豪、鍾斌全之認定，尚嫌速斷，有調查職責未盡及理由欠備之違法。

三、以上，或為潘欣豪、鍾斌全上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項。而第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，原判決上述違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判。應認原判決關於違背職務收受賄賂罪、不違背職務收受賄賂罪、違背職務交付賄賂罪、不違背職務交付賄賂罪部分，有撤銷發回更審之原因。至潘欣豪想像競合所犯之洩漏國防以外秘密罪部分，雖屬不得上訴於第三審之罪之案件，惟基於審判不可分原則，亦應併予發回。

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　　5　　月　　28　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　吳秋宏

法　官　洪于智

本件正本證明與原本無異

書記官　王怡茹

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　1　　日