最高法院刑事判決

107年度台上字第3334號

上　訴　人　沈承銘
選任辯護人　陳芝荃　律師
上　訴　人　詹文平
選任辯護人　謝佳伯　律師
　　宋永祥　律師
　　謝享穎　律師
參　與　人　東岳營造有限公司
代　表　人　吳東亮
參　與　人　帶春營造有限公司
代　表　人　劉帶春

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年1月25日第二審判決（105 年度上訴字第1169號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署98年度偵字第12989、20339號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於沈承銘不違背職務收受不正利益、詹文平詐欺取財（即原判決附表一編號3、4）、參與人東岳營造有限公司、帶春營造有限公司部分均撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理　由

一、本件原判決撤銷第一審關於上訴人沈承銘不違背職務收受不正利益、上訴人詹文平共同使公務員登載不實部分之科刑、詹文平被訴詐欺取財部分諭知無罪之判決，改判仍論處沈承銘犯貪污治罪條例之不違背職務收受不正利益、依想像競合犯從一重論處詹文平犯修正前詐欺取財累犯各罪刑暨沒收等，並宣告參與人東岳營造有限公司（下稱東岳公司）、帶春營造有限公司（下稱帶春公司）無償取得詹文平詐欺犯罪不法所得部分沒收等，固非無見。

二、按科刑判決書須認定犯罪事實，並敘明其認定犯罪事實所憑之證據，方足以資論罪科刑。又貪污治罪條例所規定公務員職務上之行為收受不正利益罪，以所收受之不正利益與公務

員職務有對價關係，為成立要件之一。而是否具有對價關係，既須審酌職務行為之內容、不正利益之種類、價值、收受之時間，及交付者與收受者之關係等客觀情形，始得認定，即應在科刑判決明確記載，方足資為適用法令之基礎。倘僅於理由內敘明犯罪之證據，而並未認定與所收受不正利益相應職務行為之事實，不惟理由失其根據，且與法定程式亦不相符。

㈠原判決事實欄記載沈承銘於民國97年1 月25日、同年2月5日、同年2 月22日、同年3月10日、同年4月18日，接受詹文平招待至「九龍理容KTV」喝花酒（見原判決第17、18頁）。並未認定各該次喝花酒收受不正利益之行為，究竟係踐行何項職務行為？該職務行為，與各次收受之不正利益，如何形成對價關係。而原判決雖記載沈承銘「協助關切筏子溪一期工程（下稱一期工程）中河堤與西屯路橋樑銜接之變更設計成果報告書之流程、催促一期工程驗收公文之進行等不違背職務之行為，以利詹文平一期工程施作、請款、驗收等程序之進行」等情（見原判決第17頁），但並未具體認定與各該次喝花酒之對價關係，仍不足為適用法令之基礎。

㈡原判決理由雖記載沈承銘承認：其為一期工程主辦，亦為筏子溪之溪段主辦，為公務員等語（見原判決第50頁）；詹文平陳述：沈承銘參與工程驗收初驗、複驗及現場會驗等語（見原判決第87頁）；並引用卷附經濟部水利署（下稱水利署）工程驗收紀錄、辦理工程標第3次、土石標第2次變更設計、一期工程變更設計預算書、通訊監察譯文、水利署就第三河川局（下稱三河局）所檢送一期工程第3 次變更設計預算書（歲出）與第2 次變更設計預算書（歲入）答覆准予成立、初驗部分情形不符函等（見原判決第89、90頁），為認定犯罪事實之證據。惟依上開說明，此部分犯罪證據既無對應不正利益之具體職務行為之犯罪事實記載，與法定程式不符。

三、原判決事實認定沈承銘係基於公務員不違背職務行為，於上

開時間收受不正利益，「嗣後」依詹文平請託而為上開一期工程中河堤與西屯路橋樑銜接之變更設計成果報告書之流程、催促一期工程驗收公文之進行等職務行為（見原判決第17、18頁）。惟理由記載「式新工程顧問股份有限公司於96年11月27日函復三河局並檢送一期工程變更設計預算書，三河局並於96年12月6日函水利署並檢送一期工程第3次變更設計預算書（歲出）與第2 次變更設計預算書（歲入）」、「水利署於96年12月17日函復三河局該等預算書准予成立」（見原判決第97、98頁）。則依理由之記載，該一期工程中河堤與西屯路橋樑銜接之變更設計成果報告書之流程，係在沈承銘第1次收受不正利益之97年1月25日前，顯見原判決事實認定沈承銘收受上開不正利益後，始受託為上開變更設計成果報告書之流程、催促一期工程驗收公文之進行，與理由存有矛盾。究竟沈承銘係於職務上行為後，始收受不正利益？或預以職務上行為，收受不正利益？原審未予調查釐清，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。

四、原判決事實就詹文平承包工程部分：

㈠一期工程部分係記載「於95年1 月9日開工，於同年2月間，土石標廠商詹文平向三河局陳報工區河床有遭民眾濫倒大量廢棄物。於95年2 月16日，詹文平以東岳公司名義發函三河局派員會勘，以釐清清運責任歸屬，水利署於同年3月3日辦理現場會勘，確認河床地盤下有掩埋垃圾。嗣雙方約定應將一期工程掩埋之廢棄物中屬於無價料且不可燃物之剩餘土石方清運」（見原判決第8 頁）。是原判決事實係認定，關於廢棄物之屬無價料且不可燃之剩餘土石方清運工程，乃在一期工程契約成立後，始另行約定。

㈡筏子溪二期工程（下稱二期工程）部分則記載「詹文平...順利得標：工程標為新臺幣（下同）6,462萬5,337元、土石標為8,688萬2,016元，土石收購契約價格為每公噸312 元」（見原判決第13頁）。是原判決就二期工程部分之廢棄物屬無價料且不可燃之剩餘土石方清運工程，並未認定係原二期

工程之契約項目，或係事後另行約定。惟理由就沈承銘、詹文平被訴圖利或經辦公用工程舞弊罪之無罪理由，關於二期工程時程中，於97年1 月18日時間，係記載「二、... 設計時因工程用地尚未辦理徵收，無法進行開挖分析調查，預算書不可燃廢棄物數量為粗估值，為符實際開挖數量，設計明定最終計價是依實作數量驗收計價... ，致使兩者數量差異甚大；三、本標案契約.. 並未將不可燃廢棄物再行分類... 且亦未編列再生利用之處理經費；四、若欲將B5材質作為工程回填或水防道路級配料，由於本標案並無對不可燃物作細分篩（B1至B8類）且未作再生利用處理，勢必新增細篩及再生利用處理費，對於契約相關土方處理施工規範亦應作調整」；97年1月24日時程記載「水利署函三河局（復三河局97.01 .18函文）：二期工程廢棄物經分篩後之B5材質作為工程現地回填及上網填報供其他機關使用案，所請依契約內容執行，備查。」（見原判決第203、204頁）。是依該部分理由，係事後另行約定，非屬原工程契約之內容。

五、然原判決於詹文平所犯詐欺有罪部分之理由，說明詹文平請求一、二期工程廢棄物之屬無價料且不可燃之剩餘土石方清運工程之清運費條件為：須將不可燃廢棄土運送至合法土資場，方得請領此部分清運費用，而檢附三河局合法「棄土證明」乃係為證明其確實有合法清運不可燃廢棄土至合法土資場之證明，方得據此請領清運費用（見原判決第42頁）。就該付款條件之證據，係以原一、二期工程契約為據，而一期工程施工補充說明書「參、一般施工規定」第22條，及二期工程施工補充說明書「參、一般施工規定」第24條係約定「本工程剩餘土石方處理需依內政部函頒之營建剩餘土石方處理方案及所在地縣市政府實施之營建工程剩餘土石方處理及資堆置場設置管要點辦理」。又臺中市營建賸餘土石方管理自治條例第17條亦規定「公共工程進行中，承包廠商應按公共工程餘土處理計畫辦理，並於每月底按運送憑證製作月報表，向資訊服務中心申報餘土之種類、數量及去處；工程主

辦機關應督導承包廠商依餘土處理計畫辦理。承包廠商違規棄置餘土者，應由工程主辦機關按契約規定扣帳、停止估驗、限期清除違規現場及回復土地原使用目的與功能，並移送環保機關及營造業主管機關依規定處理。」（見原判決第40、41頁）。然查：

㈠原判決關於詹文平二期工程詐欺罪部分之事實，與上開無罪理由之記載，即非相符。究竟二期工程之廢棄物屬無價料且不可燃之剩餘土石方清運工程，是否為工程契約後另行約定？原審未予調查釐清，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。

㈡原判決所認定該剩餘土石方清運工程清運費之付款條件，係指一、二期工程契約之施工補充說明書。然臺中市營建賸餘土石方管理自治條例第17條所規定「公共工程進行中，承包廠商應按公共工程餘土處理計畫辦理，並於每月底按運送憑證製作月報表，向資訊服務中心申報餘土之種類、數量及去處；工程主辦機關應督導承包廠商依餘土處理計畫辦理。承包廠商違規棄置餘土者，應由工程主辦機關按契約規定扣帳、停止估驗、限期清除違規現場及回復土地原使用目的與功能，並移送環保機關及營造業主管機關依規定處理。」其中「扣帳」、「停止估驗」乃與「限期清除違規現場」、「回復土地原使用目的與功能」、「移送環保機關及營造業主管機關依規定處理」等項目併列，就此責任，觀諸原判決理由記載證人張崇信之證言「『棄土證明』我們只是最後證明他們有去的證明」、「我們那時候是怕說他會隨便亂倒會違反廢棄物清理法的規定，那時候就要求說他們要有載運證明要給我們，後來他有載運證明給我們之後，我們確認說他沒有去濫倒，沒有造成環保的問題的話，我們才計價給他」、「是為了流向管制，要知道棄土確實是載運到合法的土資場去，而不是隨意傾倒」等語（見原判決第43至45頁），乃屬管制剩餘土石去向之約定。得否逕解釋為付款條件？非無研求餘地。就上開有利於詹文平之證言，原判決均未說明不採之

理由。即據該證人所證述未提出棄土證明就不會發給清運費云云，認棄土證明為付款條件，即有未合。

㈢況該剩餘土石清運工程既係原工程契約成立後另行約定，此另行約定之工程費用項目有無區分運輸費或堆置費？付款條件如何約定？未據原判決於詹文平構成詐欺取財罪部分，說明所憑證據及理由，即遽以上開施工補充說明書為不利於詹文平之認定，理由顯有不備。

六、刑事訴訟法第455條之27第1項前段規定，對於本案之判決提起上訴者，其效力及於相關之沒收判決。本案既經詹文平提起上訴，相關之第三人沒收判決雖未經參與人東岳公司、帶春公司上訴，因係本案判決上訴效力所及，視為亦已上訴，則東岳公司、帶春公司取得於第三審參與人之地位。原判決關於「東岳公司因詹文平違法行為而取得不法所得5,734,311元... 帶春公司因詹文平違法行為而取得不法所得 51,072元... 均與刑法第38條之1 第2項第2款之『因他人違法行為而無償取得』之情形相當... 依刑法第38條之1第1項前段、第3 項規定宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」因詹文平詐欺取財部分經本院撤銷發回原審而失其依附，應併予發回。

七、以上，或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查事項，應認原判決關於此部分有撤銷發回更審之原因。至於原判決不另為無罪諭知部分，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　　108　　年　　2　　月　　27　　日

最高法院刑事第三庭

審判長法官　陳　世　淙

法官　陳　朱　貴

法官　楊　智　勝

法官　林　靜　芬

法官　洪　于　智

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　華　民　國　108　年　3　月　4　日