

最高法院刑事判決

108年度台上字第223號

上訴人 洪炳煌

選任辯護人 廖志堯律師

上訴人 廖鈞仔

選任辯護人 王素玲律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年11月1日第二審更審判決（105年度重上更(一)字第12號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署100年度偵字第1072、1609、1610、1611號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

一、原判決認定上訴人洪炳煌、廖鈞仔（下稱上訴人2人）有其事實欄所載之犯行，因而撤銷第一審關於上訴人2人利用職務詐取財物部分之科刑判決，改判從一重論處洪炳煌共同犯對主管事務圖利罪刑（想像競合犯刑法第213條公務員登載不實罪）、廖鈞仔（非公務員）與公務員共同犯對主管事務圖利罪刑（想像競合犯刑法第213條公務員登載不實文書、刑法第216條、第215條行使業務登載不實文書罪、修正前刑法第339條第1項詐欺取財罪），並諭知犯罪所得沒收（追徵）之判決。固非無見。

二、惟查：

（一）證據雖已調查，若尚有其他重要證據未予調查，致事實未臻明瞭者，即與未經調查無異，如遽行判決，仍難謂無應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

貪污治罪條例第6條第1項第4款之公務員違法圖利罪，其構成要件原為「對於主管或監督之事務，直接或間接圖私人不法之利益者」，於民國90年11月7日修正公布為「對於主管或監督之事務，明知違背法令，直接或間接圖自己或其他私人不法利益，因而獲得利益者」；嗣於98年4月22日又修正公布為「對於主管或監督之事務，明知違背

01 法律、法律授權之法規命令、職權命令、自治條例、自治
02 規則、委辦規則或其他對多數不特定人民就一般事項所作
03 對外發生法律效果之規定，直接或間接圖自己或其他私人
04 不法利益，因而獲得利益者」。是公務員違法圖利罪係「
05 結果犯」，亦即以行為人使自己或其他私人因而獲得不法
06 利益之結果為必要（即既遂），並刪除未遂犯之處罰規定
07 。而此所謂「利益」，係指一切足使圖利對象之財產，增
08 加經濟價值之現實財物及其他一切財產利益，不論有形或
09 無形、消極或積極者均屬之。至於公務員圖利對象收回成
10 本、稅捐及費用部分，原來即為其所支出，並非無償取得
11 之不法利益，即不在所謂圖利範圍，自應予以扣除。

- 12 1. 原判決認定：洪炳煌為使賀揚企業社之實際負責人廖鈞仔
13 ，能順利得標南投縣信義鄉公所（下稱信義鄉公所）所辦
14 理之「97年度河川守護隊計畫勞務外包招標採購案」（下
15 稱系爭採購案），圖使廖鈞仔因承包系爭採購案享有不法
16 利益即廠商管理費新臺幣（下同）1,289 元；並於其理由
17 中援引系爭採購案決算表、結算明細表、請領經費概算，
18 及李坤清於偵訊中所供，暨信義鄉公所106年9月27日函
19 ，認賀揚企業社承包系爭採購案，所請領之廠商管理費即
20 廠商利潤，為各月份預算金額5%，合計共15萬5,289 元
21 ，並以李坤清所供其工資為每月2萬2千元，合計15萬4
22 千元，兩者扣除後獲利為1,289 元等旨（見原判決第3頁
23 第9至11行、第7頁第1至3行、第45頁第14行至第46頁
24 末行）。惟原審既認定洪炳煌違背政府採購法之規定，致
25 使不具投標資格之賀揚企業社，原應不予決標卻仍予決標
26 ，使賀揚企業社順利與信義鄉公所簽訂系爭採購契約書，
27 而依系爭採購契約書，其合約金額為346萬元（見原審卷
28 二第7頁），則系爭採購案之廠商利潤何以即係「廠商管
29 理費」？李坤清所領得之款項，有無相關會計憑證？該款
30 項何以係列在「廠商管理費」項下，而得以扣除？系爭採
31 購案「實際支出」之成本、稅捐及費用為何？而細繹信義

鄉公所106年9月27日函略以：廠商管理費5%一事，係依據「南投縣政府暨所屬機關學校工程預算書編列原則」第6項第6款規定：包商利潤（、）雜項及管理費：以分項工程費之百分之七為上限編列（見原審卷二第4頁），可認廠商管理費項目之列載，乃預算書編列之原則規範；至上開決算表、結算明細表、請領經費概算，僅係系爭採購案決算、結算及請領之客觀記載。乃原審竟援引上揭事證作為認定圖利罪之「不法利益」之依據，依上述說明，已嫌失據。

2. 原判決於理由內敘論：上訴人2人為圖利犯行後，自97年12月起至98年7月止，按月接續向信義鄉公所領得合約款項，乃依合約而為接續請款事宜，雖圖得不法利益有數次，然均僅本於一圖利犯行而為，只論以圖利一罪（見原判決第74頁第11至15行），似認所取得之「合約款項」為圖利範圍。惟於理由內又援引李坤清於上訴審所供，及財政部中區國稅局南投分局（下稱國稅局南投分局）107年3月14日函所檢附賀揚企業社97、98年度營業成本明細表等資料，以系爭採購案利潤15萬5,289元，認定本案承包工程獲利為1,289元等旨（見原判決第45頁倒數第4行至第46頁倒數第1行）；且細觀所引國稅局南投分局函所附賀揚企業社相關申報書及明細表，其中97、98年部分，分別列載（自行依法調整後金額）營業成本為127,767元、3,636,058元（見原審卷二第225、226頁），從而，原判決理由論述或引用之證據資料，前後即有矛盾或不一致之情形。而廖鈞仔於原審辯稱：賀揚企業社以346萬元承包本件採購案，係屬虧損狀態（見原審卷一第127頁）；洪炳煌於原審對賀揚企業社就系爭採購案利潤之計算方式，具狀聲請囑託鑑定究竟獲利若干？（原審卷一第102頁），亦有爭議。此攸關上訴人2人是否符合貪污治罪條例圖利罪之構成要件，本件圖利金額之重要事實既未臻明瞭，自有周詳調查、審酌之必要，乃原判決遽認「廠商管理費」扣

01 除雇請員工之工資成本，即為所圖得之不法利益，難認適
02 法。

03 (二) 有罪判決書之事實一欄，為判斷其適用法令當否之準據，
04 應將法院依職權認定與論罪科刑有關之事實，以及適用法
05 律有關之事項，均應為詳實之記載，然後於理由內逐一說
06 明其憑以認定之證據，並使事實認定與理由說明，互相適
07 合，方為合法。倘若事實未有記載，而理由加以說明，或
08 事實已有記載，而理由未予說明，或事實認定與理由說明
09 ，不相一致，或事實或理由欄內之記載，前後齟齬，或事
10 實認定與所採之證據不相適合，按諸刑事訴訟法第379條
11 第14款規定，均為判決不載理由，或所載理由矛盾，其判
12 決當然違背法令。

13 原判決認定：廖鈞仔與李坤清共同基於詐欺取財及行使業
14 務上登載不實文書之犯意聯絡，為圖詐領短發外勤人員薪
15 資，在洪炳煌「不知情」之情況下，推由李坤清填載不實
16 之各月份工程月報表，並短發薪資，使廖鈞仔除獲得上揭
17 不法利益外，另因詐欺行為接續詐得薪資核銷總額與實發
18 總額間之差額共86萬8,368元等情（見原判決第5至7頁
19 ）。惟原判決於理由欄引用證人即系爭採購案承辦人湯耀
20 宗之證述略以：我們委外的河川守護隊有幾次都是電話可
21 以聯絡到，但是本人聯絡不到的情形，另一次是人員有到
22 ，但是人員服裝及所攜帶器具不符合工作需要，我們認定
23 這些人當時並沒有要去執行勤務，到場人員也不足，我當
24 時有向課長洪炳煌反應委外勞務工作情形，洪炳煌跟我說
25 委外人員管理由委外廠商自己處理就好，我只要把信義鄉
26 公所自行進用人員管理好即可等語（見第一審卷二第78頁
27 ），據以說明巡守隊有部分外勤人員未實際到工，致湯耀
28 宗前往工作現場巡視時，發覺工作人數不足或裝備不齊或
29 不整情形（見原判決第40頁第13行至第41頁第11行）。又
30 引用洪炳煌部分供述、證人即信義鄉公所職員司涵恩、林
31 佳文、陳秀玲、玉山營造股份有限公司負責人吳信乾等人

之證述，說明洪炳煌於97年12月間，要求司涵恩指導其製作、編排系爭採購案核銷撥款時，所須檢附工作執行情形照片，再每月指示林佳文代賀揚企業社製作及編排照片，且該等工作原應由賀揚企業社負責完成，洪炳煌竟命該鄉公所職員代為製作；又賀揚企業社每月辦理核銷撥款檢附各巡守隊人員每月（97年12月至98年7月）簽到簿記載，應作天數及實作天數等內容，均係洪炳煌逐一填寫等情（見原判決第49頁第13行至第51頁倒數第7行）。果若無訛，則洪炳煌就系爭採購案，對於賀揚企業社有無實際雇用工人巡守，以及請求款項核銷之歷程，依上開事證，是否可認完全不知情？乃原判決於其理由欄載敘略以：洪炳煌雖於系爭採購案公開招標過程前、後，迄至核銷時，均有護航行為，復於請款時，持賀揚企業社之大小印章，向信義鄉公所出納人員領取各月份之合約款公庫支票等非屬尋常協助行為，然均僅能證明洪炳煌係基於圖利廖鈞仔之犯意而為，依現有卷證，尚乏積極證據足資證明洪炳煌最初所為護航廖鈞仔實際經營賀揚企業社之舉止，即係基於其與廖鈞仔、李坤清共同利用其職務上之機會，因而詐欺取財之犯意而為，亦無證據證明被告廖鈞仔、李坤清嗣後起意詐欺取財、行使業務登載不實文書之故意，有何共同犯意聯絡或行為分擔等語（見原判決第65頁第14至25行）。惟洪炳煌究係在何等階段有何具體護航行為？各該護航行為與詐領薪資有無關聯？俱不無疑義。此攸關洪炳煌是否明知或可得而知詐領薪資之情形？其有無犯意聯絡及行為分擔？亦有進一步調查、審認之餘地。乃原判決將本案犯罪之犯意逕行切割，且與理由所論述之證據，不相適合，自有判決理由矛盾之違誤。

（三）刑法上一行為而觸犯數罪名之想像競合犯，其目的在於避免對於同一不法要素予以過度評價，若具有行為全部或局部之同一性，或其行為著手實行階段可認為同一者，得認與一行為觸犯數罪名之要件相侔，始得依想像競合犯論擬

。如屬另行起意，且行為可分，則應評價為數罪。
原判決認定：廖鈞仔、李坤清共同基於詐欺取財及行使業務上登載不實文書接續犯意聯絡，廖鈞仔與李坤清『私下另行謀議』短發外勤人員薪資等情（見原判決第5頁第7、8行、第6頁第2行）；於理由敘述：「亦無證據證明廖鈞仔、李坤清『嗣後起意』詐欺取財、行使業務登載不實文書之故意，與洪炳煌間，有何共同犯意聯絡或行為分擔，尚難認洪炳煌係利用職務上之機會而為詐欺取財」（見原判決第65頁倒數第5至8行），似認廖鈞仔與共犯李坤清就詐欺取財、行使業務登載不實文書部分之犯行，係屬另行起意而為，且洪炳煌不構成公務員利用職務上之機會詐欺取財罪。惟原判決卻於理由論載：「廖鈞仔、李坤清與洪炳煌共同圖利、公務員登載不實文書後，另廖鈞仔、李坤清私下謀議而為行使業務登載不實、詐欺取財犯行，此部分犯行與圖利、公務員登載不實文書犯行之犯罪時、地，在自然意義上雖非完全一致，惟均有利用圖利、公務員登載不實文書犯行而仍有部分合致，依一般社會通念，認應評價為一行為方符合刑罰公平原則，如予數罪併罰，顯有過度處罰之疑，與人民法律感情亦未契合，認此情形為一行為觸犯數罪名之想像競合犯」（見原判決第76頁第14至22行），因論廖鈞仔「嗣後起意」詐欺取財、行使業務登載不實之行為與圖利行為為想像競合犯。其前後事實認定與理由說明未盡相符，亦有可議。

（四）犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定。前項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵，刑法第38條之1第1項、第3項、第5項分別定有明文。

原判決主文欄關於廖鈞仔部分，諭知「未扣案」之犯罪所得共計86萬9,657元沒收及追徵；於理由記載：廖鈞仔就圖利及詐欺取財之犯罪所得合計為86萬9,657元，並認李

01 坤清於第一審審判中，依起訴書計算不法金額繳還之款項
02 ，與廖鈞仔沒收範圍無關，而仍對廖鈞仔諭知沒收（追徵
03 ）等旨（見原判決第80頁至81頁）。惟查，依原判決認定
04 李坤清為本案之「共同正犯」，其於第一審審判中，已依
05 起訴書計算之詐欺金額，繳還犯罪所得款項共計89萬6,58
06 4元，此有卷附國庫機關專戶存款收款書可稽（見第一審
07 卷三第254頁），則此繳交之犯罪所得，是否已經扣案？
08 究竟原判決係對李坤清已繳交扣案之犯罪所得諭知沒收？
09 或另行對廖鈞仔諭知沒收追徵？而本件無論圖利或詐欺犯
10 行，被害人均為信義鄉公所，如未實際合法發還信義鄉公
11 所，是否係對已繳交之犯罪所得諭知沒收？原判決未對上
12 述事項為必要之論敘說明，遽行諭知沒收，同有未洽。

13 三、以上，或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項
14 ，且原判決上述之違背法令，已影響於事實之確定，本院無
15 可據以為裁判，應將原判決撤銷，發回原審法院更為審判。
16 至關於刑法第216、215條行使業務登載不實、修正前刑法
17 第339條第1項詐欺取財罪部分，雖屬不得上訴於第三審法
18 院之案件，但因該部分與發回部分具有審判不可分關係，自
19 應併予發回。

20 另本件自100年4月28日繫屬於第一審法院時起，迄今已逾
21 8年，是否符合刑事妥速審判法第7條有關減刑之規定，案
22 經發回，併請注意及之。

23 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

24 中 華 民 國 109 年 11 月 26 日

刑 事 第 九 庭 審 判 長	法 官	李 錦 樑
	法 官	蔡 彩 貞
	法 官	林 孟 宜
	法 官	邱 忠 義
	法 官	吳 淑 惠

30 本件正本證明與原本無異

31 書記官

01 中 華 民 國 109 年 12 月 4 日