

最高法院刑事判決

108年度台上字第2555號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官許永欽

上訴人

即被告 陳福財

選任辯護人 王寶蒞律師

卓詠堯律師

王筱雯律師

被告 洪俊宏

上列上訴人等因被告等違反貪污治罪條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國108年5月28日第二審更審判決（107年度重上更二字第23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

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

一、原判決認定：上訴人即被告陳福財任職於臺北縣政府（已改制為新北市政府）工務局養護工程課，擔任各工務段所提出之道路鋪設瀝青工程之承辦人，負責監督瀝青混凝土工程之施作，確保工程施作數量、品質與合約相符等職務，係公務員。湯憲金為國泰營造股份有限公司（嗣更名為金和泰營造股份有限公司，下稱國泰公司）之實際負責人，周德福、杜奇清均受僱於國泰公司之湯憲金（周德福、杜奇清、湯憲金均另案審理）。國泰公司係新北市政府發包之94年度臺北縣道路維修工程（路平C區）之承包商，松青營造有限公司係94年度臺北縣道路維修工程（即路平五區，下稱第五區）之承包商，和煌營造工程有限公司係93年度臺北縣道路維修工程（即路平一區、路平二區）之承包商，然以上各工程均由國泰公司施作。陳福財明知公務員應清廉自持，不得收受廠商交付之不正利益，且廠商招待吃飯、按摩之目的，無非冀望其於職務上給予便利、通融，竟基於對於職務上行為收受不正利益之概括犯意，連續於原判決附表（下稱附表）壹所

示時地，接受杜奇清飲宴、按摩招待等情。因而撤銷第一審關於陳福財之科刑判決（二罪），改判論處其連續依據法令從事公務之人員，對於職務上之行為，收受不正利益罪刑，其餘被訴犯貪污治罪條例第4條第1項第5款、刑法第216條、第213條等罪部分，均不另為無罪之諭知；另以公訴意旨認被告洪俊宏為同上機關之公務員，擔任與陳福財相似職務，與陳福財共同基於違背職務行為收受賄賂及行使公務員登載不實公文書之概括犯意聯絡，多次收受周德福、杜奇清交付之現金賄賂或按摩、女伴陪侍等不正利益，湯憲金指示周德福、杜奇清銑刨、鋪設未達厚度之路面，然於施工數量計算表及工程估驗單上填載已達設計厚度等不實記載，附以不實之估驗鑽心照片，送經陳福財、洪俊宏為虛偽之審核，陳福財、洪俊宏故意未到場查核鑽心位置及厚度是否與廠商所提資料相符，即予同意，使新北市政府誤認各次估驗已由陳福財、洪俊宏覈實，而同意付款，洪俊宏涉犯貪污治罪條例第4條第1項第5款、第5條第1項第3款、刑法第216條、第213條罪嫌部分，認為不能證明洪俊宏犯罪，因而撤銷第一審論處洪俊宏連續依據法令從事公務之人員，對於職務上之行為，收受賄賂，及連續依據法令從事公務之人員，對於違背職務之行為，收受賄賂罪刑之判決，改判諭知洪俊宏無罪。固非無見。

二、原判決以新北市○○○道路維修工程中，並無相關行政作業規定必須於「估驗」時鑽心取樣，故被告二人於估驗時無進行鑽心取樣以檢測厚度之義務，即使估驗程序未做鑽心取樣，仍得於正式驗收程序（初驗、正驗）視後續實際狀況，再補正鑽心取樣不足或不確實之樣本，以利後續工程款之給付，亦即竣工後之正式驗收始有必要就全部施作路段進行全面抽查，因認被告二人無違背職務；復以上開工程之瀝青混凝土路面鋪設厚度檢查表（下稱檢查表）及估驗紀錄上雖有被告二人之簽名或用印，縱然被告二人事前將該檢查表交給承包商先行鑽心，或逕交由承包商填寫鋪設厚度有便宜行事

01 之虞，然於「估驗」程序中，估驗人員、承辦人所為之確認
02 效果與正式驗收之確認有別，否則如認估驗程序中須確認工
03 程施作結果與後續請款、驗收實際情形完全相符，豈非顛倒
04 估驗、初驗、正驗間之責任歸屬，該檢查表既非估驗人員或
05 承辦人所必須填寫之表格，亦非日後請款之必要依據，縱此
06 等文書內容有應予確認而未予以確認之情事，應屬便宜行事
07 之疏失，難認被告二人有故意為公文書登載不實之主觀犯意
08 ；另工程估驗單及正式驗收紀錄雖經陳福財用印（職章），
09 然陳福財在正式驗收程序中只負責記錄，並非主驗人員，其
10 以承辦人身分向上層級簽核，仍難謂有公文書登載不實之犯
11 意，為其主要論據。

12 三、惟審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，應一律注
13 意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於職權定其取捨，依
14 自由心證而為事實之判斷，且此項自由判斷之職權運用，應
15 受經驗法則與論理法則之支配，非可自由任意為之，倘將各
16 項證據予以割裂，分別單獨觀察判斷，即不合於論理法則。
17 又貪污治罪條例第4條第1項第5款之公務員對於違背職務之
18 行為要求、期約或收受賄賂罪，所謂「違背職務行為」，係
19 指公務員職務上不應為而為，或應為而不為者而言。同條例
20 第5條第1項第3款之公務員對於職務上之行為要求、期約或
21 收受賄賂，所稱之「職務行為」，則指公務員職務上所應為
22 或得為之行為而言。公務員職務上不應為而為，或應為而不
23 為者，均係以主管機關有無「法規範」誡命或禁止要求而定
24 ，若「法規範」有要求公務員應為或不應為，雖該「法規範
25 」欠缺具體執行「作業性」之辦法，公務員不應以欠缺具體
26 執行之「作業性」辦法而不為一定行為，否則仍屬違背職務
27 之範疇。再者，政府採購法第五章有政府機關辦理工程、財
28 務採購之相關驗收規定，其中第72條明定機關辦理驗收時應
29 製作紀錄，由參加人員會同簽認。而依刑法第10條第2項之
30 規定，公務員職務上製作之文書為公文書。

31 四、經查，①、新北市政府所監造之道路工程，經指定擔任承辦

人之人，須負責工程監造，於核發工程款前，為確認施工品質、施工內容符合契約規定、確認請款數量與施工數量相符，而有估驗、初驗、正驗之程序，有新北市政府工務局民國99年1月5日北工養一字第0981109036號函在卷可稽。②、新北市政府107年8月31日新北府工養字第1073647023號函載稱：「二、本府於90年8月31日訂有『臺北縣政府公共工程估驗計價標準作業程序』規定，各機關需依其程序辦理估驗計價作業，且亦需依該工程契約所訂定之『工程品管』、『工程工程查驗、初驗、驗收、結算及點交』，及『施工說明書』之各項施工規範等規定執行抽驗或查驗事宜…。三、內政部96年3月20日台內中營字第09608011761號函概述：基於工程實務，機關辦理工程估驗時，除應估驗數量外，並查核品質是否符合規定，方得計價，並非僅以估價為目的，故本法第35條第5款及第41條第1項所稱之查驗工程，包括工程估驗」（見原審更二卷第111頁以下）。③、卷附94年臺北縣第五區工程承攬之相關合約等資料，有承包商得配合工地已完工或進場數量，檢附驗收單，經由工地轉給辦理請款計價之規定。④、證人即93年11月間任新北市政府工務局養護課課長之王維崇證稱：「（現場監工是誰？）我們監工的定義就是路平專案的承辦人」、「（如果由陳福財承辦案子是否就是他擔任監工？）是」、「（依照你們內部規定，監工要做那些事情？）理論上是要依照圖說、施工規範到現場查看是否廠商有依照圖說施做」、「（估驗程序就是為了要確認廠商有無依照合約施做及請款數量是否與施做數量相符？）是」、「（可否依照廠商自行提出之數據而不到現場估驗，就製作付款憑證？）不到現場如何知道廠商做多少，一定要到現場去」（見偵緝卷二第3頁以下）；「（承辦人要去確定數量，還要估驗及驗收程序嗎？）…臺北縣可能怕作假，所以再派估驗官去現場做抽查工作」、「（估驗抓的點，在初驗及正驗時也會抓出來嗎？）不會」、「廠商填沒有關係，但取樣的人還是要確定數字正不正確」（見一審卷一第243

頁以下)；「(當時沒有紀錄又沒有規定，是否不一定要去鑽心取樣?)如果不做鑽心取樣，如何確認那個厚度，因為我們是用厚度計價，要確定數量合不合理」、「估驗官是做覆核的動作，所以一般來講我們就會去做鑽心」、「(沒有紀錄，如何確認有無鑽心?)估驗官會蓋章負責，以前就是蓋章負責，…你就是確認」、「(工程本來有初驗及正驗，為何還要做估驗?估驗目的為何?)類似一個覆核的機制，…既然有個估驗的動作，我們就會去做一個覆核的動作」、「(是否在工程正式驗收前，為使得廠商可以依其工程取得部分工程款，以估驗程序確定它符合契約的標準?)是」(見上訴卷四第137頁以下)。以上各情如果無誤，則在法制規範、本件契約以及新北市政府之工程實務上，似皆有要求公務員「應執行」抽驗或查驗事宜，且「估驗」似為確認廠商有無依照合約施做，暨請款數量是否與施作數量相符之機制，為新北市政府工程防弊措施之一環，監工及估驗人員需至現場查看施工狀況、檢測瀝青鋪築厚度，無估驗程序時，承包商始於提出初驗前為厚度鑽心取樣檢測，是以估驗程序似仍有其實際上之意義，契約既訂有估驗程序，即非初驗、正驗程序可完全取代。此外，卷附諸多報銷單據與轉帳傳票，其記載方式大同小異，例如有「估洪」(93年7月20日00000000號報銷單據、95年1月11日0000000000號轉帳傳票)、「福:8/9 工地零-洪」(93年8月5日00000000號報銷單據)、「洪俊宏」(94年9月30日00000000號報銷單據、95年1月00000000號轉帳傳票)，或「陳」(93年12月13日報銷清單)、「工地零-二期估(陳)」(93年12月16日編號0000000000號轉帳傳票)、「路平五區(承辦監工)(財哥)」(95年1月18日第00000000號報銷單據)、「路平一區正驗」(95年1月報銷清單)等字樣，所載出帳名目與被告二人負責之各該工程似相符合，出帳日與估驗時間似亦相同或相近。倘被告二人應實際至現場指定地點，鑽心取樣，以檢測瀝青厚度，卻未為之，任由廠商填載不實內容於檢查表上，廠商

藉此機會偷工減料，被告二人逕於上開文書上填載簽認，表示其有實際估驗、驗收之證明，使新北市政府據以核發工程款，被告二人並收受賄賂或不正利益，能否謂被告二人無違背職務或無行使公文書不實登載等行為？自饒堪研求。本院前次發回意旨已經指明，原審猶未予釐清，復未綜合全部卷證資料，詳酌慎斷，遽為其二人有利之論斷，有判決理由不備、矛盾、調查未盡及違背證據法則之違法。

五、檢察官上訴意旨指摘原判決違背法令，為有理由，陳福財對其有罪部分亦表示不服，而上述違背法令影響事實之確定，本院無可據以為裁判，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。原判決不另諭知陳福財無罪部分，檢察官係依修正前刑法連續犯、牽連犯關係起訴，基於審判不可分原則，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 108 年 11 月 13 日

最高法院刑事第八庭

審判長法官 呂 丹 玉（主辦）

法官 何 菁 莪

法官 梁 宏 哲

法官 林 英 志

法官 蔡 廣 昇

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 108 年 11 月 21 日