

最高法院刑事判決

110年度台上字第1382號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官劉斐玲

被告 陳家煌

選任辯護人 蔡政憲律師

陳雅珍律師

周威良律師

被告 王新芳

選任辯護人 張智超律師

參與人 井然企業社

代表人 王新芳

參與人 羚揚企業有限公司

代表人 蔡文玲

上列上訴人因被告等違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院中華民國109年5月26日第二審更審判決（106年度重上更(一)字第19號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署97年度偵字第2845、2846、11253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、本件原審認定被告陳家煌有原判決事實一之(一)至(七)所載之犯行明確，因而撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判依修正前刑法連續犯之規定，從一重論處陳家煌共同連續犯背信罪刑，並諭知參與人井然企業社、羚揚企業有限公司之財產不予沒收。另就被告王新芳部分，僅於主文諭知撤銷第一審之判決，並於理由欄說明：(一)、其與陳家煌共同涉犯貪污治罪條例第6條第1項第4款之對主管事務圖利罪、同條例第5條第1項第2款之利用職務機會詐取財物罪及修正前刑法第213條之行使公務員登載不實文書罪、同法第132條第1項之公務員洩露國防以外秘密罪部分及涉犯刑法第216條、第215條之行使業務上登載不實文書罪、商業會計法第71條第1款之罪及稅捐稽徵法第41條之不正方法逃漏稅捐部分之犯行，均未

01 據檢察官起訴，無從審理上開部分之犯罪事實，應由檢察官
02 另為適法之處理；(二)、檢察官雖已就王新芳關於違背職務行
03 賄部分起訴，惟第一審漏判，且該部分罪嫌與其另被訴違反
04 洗錢防制法無罪判決確定部分，並無實質上或裁判上一罪之
05 關係，自未受第一審所為判決效力所及，應由第一審另為補
06 充判決等旨。固非無見。

07 二、事實認定與理由說明，不相一致，或事實、理由內之記載，
08 前後齟齬，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。卷查，原判
09 決就陳家煌及其辯護人於原審所辯：王新芳於檢調受到不正
10 訊問，且未全程連續錄音，所為供述非出於自由意志，無證
11 據能力一節，既已敘明經勘驗王新芳於調詢時之錄音內容結
12 果，選任辯護人於審理時爭執甚烈，並牽涉法庭播放勘驗之
13 硬體設備是否清晰等情，是就王新芳於警詢、偵查中所為之
14 證述，不採為對陳家煌論罪之依據（見原判決第10頁第10至
15 14行），乃嗣又引據王新芳於民國97年1月30日、4月17日、
16 5月5日接受法務部調查局北部地區機動工作組（下稱北機組
17 ）詢問及檢察官複訊時之證言，資為認定陳家煌與王新芳謀
18 議設立井然企業社，共同承包行政院國軍退除役官兵輔導委
19 員會（下稱退輔會）所屬榮民工程事業管理處（下稱榮工處
20 ）勞務工程，陳家煌為井然企業社之實際經營者，與其承辦
21 本件勞務委外合約，息息相關等情之依據（見原判決第16頁
22 第13行至第18頁第25行），致理由內就同一證據之採證論斷
23 前後齟齬，有證據上理由矛盾之違法。

24 三、刑法所稱之公務員，94年2月2日修正前之刑法第10條第2項
25 規定：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。」94年
26 2月2日修正、95年7月1日施行之刑法第10條第2項規定為：
27 「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方
28 自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從
29 事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方
30 自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公
31 共事務者。」第1款前段學理稱為「身分公務員」，第1款後

段稱為「授權公務員」，第2款稱為「委託公務員」。第1款前段所指身分公務員，著重其服務於上開機關之身分，其對涉及公權力行使之公共事務，及其他法令所賦與雖與公權力無關，但仍屬其職務範圍內所應為或得為之事務，皆負有特別保護義務及服從義務，所為自屬公務員職務上之行為。又雖非刑法上之身分公務員，如依法令從事於公共事務者，因常肩負達成一定行政目的之任務，自應嚴予規範其職權之行使，俾其恪遵依法行政原則，悉以法律與相關法規為準則，並負擔特別保護與服從之義務，刑法第10條第2項第1款後段規定之授權公務員，即本此旨趣。國家營繕工程與財物購置等採購行為，雖非國家本其統治權主體之地位，基於國家高權作用，課予人民義務、負擔之行使公權力行為，然其涉及國家經濟利益資源之運用與分配，攸關憲法所揭櫫人民平等權之保障等公共利益之考量，尤應遵守依法行政，以實現平等原則，核與得由權責機關及其承辦人員，純依私法上契約自由原則，選擇締約相對人、議訂契約方式、內容等私經濟行為顯然有別，其本具有公共事務之性質甚明，要非因「政府採購法」或其前身即「各機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例」之規定使然，但由於此等法律規定益彰顯其公共事務之本質，殆無疑義。

原判決論陳家煌以共同連續背信罪，依其事實欄之記載，係認定陳家煌自85年12月間起至93年11月間止，先後擔任榮工處基礎工程隊行政室及榮民工程股份有限公司（前身為榮工處，於87年7月1日改制，下稱榮工公司）行政室、建基處（榮工公司轄下基礎工程隊與建築施工處2單位簡併）管理室之主任期間，負責土地管理業務，進而經辦相關勞務委外事務，竟於85年12月間，與王新芳共同基於違背其任務之背信概括犯意聯絡，先推由王新芳籌組井然企業社，向主管機關申辦營業登記後，違背其任務，於簽辦「林口基地環保警衛合約」招商、比價作業時，將「井然公司要價較低 144,000元」之不實事項，登載於其業務上所製作之簽呈，使該新臺

幣14萬4,000元之價格成為該標案之參考底價，經蕭歐修隊長批示如擬後，讓甫成立尚無實績優勢條件之井然企業社得標，並簽訂「林口基地環保警衛合約」，致生損害於榮工處之利益；嗣陳家煌承前違背其任務之概括犯意，先後於86年9月間、10月間、11月間、88年2月間辦理「彰化溪州下水埔段土地清潔環保看守合約」、「林口露儲場物料看守暨清潔合約」、「嘉○○○鎮○○段土地清潔環保看守合約」、「光復北路營區清潔警衛、觀音基地清潔、炊勤及看夜工作承攬合約」等4項勞務委外契約，及於89年間因榮工公司所屬之基礎工程隊與建築施工處合併，名稱變更為建基處，就前揭合約為重新之簽認，暨於90年6月間、91年2月間辦理「林口基地環保警衛追加合約」（後更名「林口基地果園除草合約」）、原「光復北路營區清潔警衛、觀音基地清潔、炊勤及看夜工作承攬合約」追加觀音基地警衛1人次之際，均先後使井然企業社得標、重新簽約或議價承攬，嗣井然企業社所承包之前述勞務合約，復於91年12月31日合約到期屆滿，依政府採購法應重新辦理招標，陳家煌再基於同上違背任務之概括犯意，為井然企業社之利益，不遵政府採購法規定辦理公開招標程序，逕與井然企業社續約；迨至93年5月28日前述合約期限再次屆滿及於93年11月間辦理無截止日期之「林口力行段土地環保警衛及果園管理工作合約」，亦均承前概括之犯意，為井然企業社之利益，與井然企業社續約或由其議價承攬，均足以生損害於榮工公司之管理，或有礙採購之公平性及使榮工公司無法以低價招攬其他廠商，而損害其之利益等情。

惟查：(一)、退輔會所屬榮工處於87年7月1日改制前為行政院退輔會轄下機關。而陳家煌於85年12月間、86年9月間、10月間、11月間辦理「林口基地環保警衛合約」、「彰化溪州下水埔段土地清潔環保看守合約」、「林口露儲場物料看守暨清潔合約」、「嘉○○○鎮○○段土地清潔環保看守合約」等項勞務委外契約時，既任職於改制前行政院退輔會轄下

01 之榮工處，依修正前刑法第10條第2項規定為依法令從事於
02 公務之人員，依修正後刑法第10條第2項第1款前段之規定，
03 則屬身分公務員。乃原判決一方面說明：無論依刑法修正前
04 、後之規定，陳家煌於辦理上開第一個委外勞務契約（似指
05 「林口基地環保警衛合約」）行為時之身分均符合刑法、貪
06 污治罪條例所稱之公務員等旨（見原判決第27頁第7至9行）
07 ，一方面又以陳家煌簽訂「林口基地環保警衛合約」，使井
08 然企業社承包該合約，因不違反榮工公司勞務委外工作管理
09 作業要點，於同年月23日簽呈中亦未指明承包者須具經營派
10 遣警衛、保全業務之資格，且國軍退除役官兵輔導條例第8
11 條、第10條刪除後，榮工處於法令上所得享有之優惠已不復
12 存，公權力之保護已不再介入榮工處工程之營運或保護，與
13 民間公司無異，於改制前，亦係基於私法地位競標取得之公
14 共工程，所為係屬私經濟行為而與公權力無關，認陳家煌此
15 部分犯行時並非刑法上之公務員，而無貪污治罪條例之適用
16 （見原判決第25頁第13至26行），理由前後相互矛盾；(二)、
17 退輔會所屬榮工處於87年7月1日改制後，為榮工公司，其於
18 榮工公司階段係由退輔會安置基金與財政部國庫共同持股，
19 為退輔會轄下的公營事業。原判決於事實欄既認定陳家煌於
20 榮工處改制後為榮工公司後，在任職主管期間，負責土地管
21 理業務，進而經辦本件相關勞務委外事務等情，理由復說明
22 綜合陳家煌、證人吳枝萬、蕭敬止上開供證，陳家煌於辦理
23 上開勞務委外工作招商承攬合約亦有政府採購法規定之適用
24 （見原判決第22頁第29至31行）。如果無訛，苟陳家煌於擔
25 任榮工公司主管期間，依87年5月27日公布、88年5月27日施
26 行之政府採購法規定，屬於公司之承辦採購專業人員，所辦
27 理之採購行為倘涉及國家經濟利益資源之運用與分配，攸關
28 憲法所揭櫫人民平等權之保障等公共利益之考量，尤應遵守
29 依法行政，以實現平等原則，揆之前開說明，能否謂非刑法
30 第10條第2項第1款後段之授權公務員？仍非無疑。原判決對
31 此未予釐清、說明，逕以榮工公司地位與一般私法人無異，

01 參與市場公開競標，已不具優先議價、優先承作之權，而陳
02 家煌於榮工公司擔任主管期間辦理相關委外之合約，屬一般
03 私經濟之商業行為，與公權力之行使無涉，推論陳家煌並非
04 修正後之刑法上公務員，併有理由矛盾及不備之違法。以上
05 兩點，為本院前次發回意旨所指摘，原判決仍為相同推斷，
06 其瑕疵仍然存在，遽行判決，自難昭信服。

07 四、刑事訴訟法所謂之起訴，係指檢察官依偵查結果，認被告有
08 犯罪嫌疑，向法院請求確認具體刑罰權之有無及其範圍之意
09 思表示，並應以起訴書為之。同法第264條第2項關於起訴書
10 程式之規定，旨在界定起訴之對象，亦即審判之客體，並兼
11 顧被告防禦權妥適之行使，該條項第2款所指之「犯罪事實
12 」，係指犯罪構成要件之具體事實。苟起訴書所記載之「犯
13 罪事實」與其他犯罪不致相混，足以表明其起訴之範圍者，
14 即使記載未詳或稍有誤差，事實審法院亦應依職權加以認定
15 ，不得以其內容簡略或記載不詳，而置檢察官起訴書之記載
16 於不顧。至於同條項第2款所定被告「所犯法條」，尚非起
17 訴之絕對必要條件。若起訴書中已載明被告「犯罪事實」，
18 但僅記載部分罪名之法條，其餘漏未記載，仍難謂未據起訴
19 。又檢察官就被告之全部犯罪事實以實質上或裁判上一罪起
20 訴者，因其刑罰權單一，在審判上為單一不可分之訴訟客體
21 ，法院自應就全部犯罪事實予以合一審判，以一判決終結之
22 ，如僅就其中一部分加以審認，而置其他部分於不論，即屬
23 刑事訴訟法第379條第12款所稱「已受請求之事項未予判決
24 」之違法，此與可分之數罪如有漏判，仍可補判之情形不同
25 。而起訴之犯罪事實，究屬單一不可分之實質上一罪或裁判
26 上一罪，抑屬可分而應併罰之數罪，倘檢察官之起訴書所犯
27 法條欄內有所主張，固可供法院審判之參考，惟法院並不受
28 檢察官主張之拘束，法院自應依職權調查，即應就起訴書記
29 載之全部內容，綜合審查而為判斷，如認係屬單一性案件，
30 在訴訟法上為一個訴訟客體，無從分割，仍應就全部之犯罪
31 事實予以審理。又公務員與無公務員身分之人，如具有犯意

聯絡、行為分擔，共同對於該公務員主管之事務，圖無公務員身分者（即圖利之對象）之不法利益並因而使其獲得利益，依貪污治罪條例第3條及刑法第28條、第31條第1項之規定，自得成立圖利罪之共同正犯。

本件起訴書已將王新芳與陳家煌並列為被告，其犯罪事實欄之基本事實，亦載明：王新芳係井然企業社負責人，與陳家煌為男女朋友關係，陳家煌先後擔任榮工處基礎工程隊行政室主任、榮工公司基礎工程隊行政室及建基處管理室主任，均經辦相關勞務採購業務，基於圖其女友王新芳不法利益之概括犯意，事先將其辦理警衛勞務委外發包訊息告知王新芳，由王新芳於85年10月26日，設立井然企業社，於該企業社成立前，簽辦招商、比價作業時為公文書不實之登載，進而為圖利、利用職務機會詐財及違反商業會計法等行為，其證據及所犯法條欄復敘明王新芳等2人行為後，刑法已經廢除牽連犯、連續犯之規定，依刑法第2條從舊從輕原則，其等各行為具方法與目的之牽連關係，均請從一重分別論以連續違背職務收受、交付賄賂罪嫌論處等旨，檢察官於98年5月4日第一審審理時又提出補充理由書，稱王新芳與陳家煌就起訴書所載犯罪事實有犯意聯絡、行為分擔（見第一審卷(二)第223頁），佐以原判決變更檢察官主張圖利罪之起訴法條，亦認定其2人就本件連續背信為共同正犯（見原判決第30頁第1至11行），揆之前開說明，難謂王新芳於本件所涉圖利、利用職務機會詐取財物等行為未經起訴。原判決未予釐清說明，僅憑起訴書犯罪事實五及所犯法條之記載，認王新芳所涉圖利、利用職務機會詐取財物及與之具有實質上或裁判上一罪關係之行使公務員登載不實文書、公務員洩露國防以外秘密、行使業務上登載不實文書、違反商業會計法第71條第1款等行為均未經起訴等情，難謂適法，致本院前次發回意旨所指判決有已受請求之事項未予判決之違法情形，依然存在。

五、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，

而上述違背法令，影響於事實之確定，本院無可據以為裁判，應認有撤銷發回更審之原因。又原判決關於陳家煌其他裁判上一罪（即原判決理由貳、三、(五)之1至3）涉犯行使公務員登載不實文書、公務員洩露國防以外秘密、對主管事物圖利、利用職務機會詐欺取財、違背職務收受賄賂及商業會計法第71條第1項之罪部分，基於審判不可分原則，應併予發回。又刑事訴訟法第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。本件檢察官對本案判決合法上訴，參與人井然企業社、羚揚企業有限公司之未宣告沒收部分為本案判決效力所及，應併予發回。至陳家煌與王新芳另被訴洗錢無罪部分，業經本院於106年5月31日以106年度台上字第297號判決駁回檢察官關於其2人此部分無罪判決之第三審上訴，而告確定，已非法院之審判範圍，案經發回，事實審於主文之宣告及理由之說明，應併予注意及之，附此敘明。

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 111 年 6 月 29 日

刑事第九庭審判長	法官	蔡	彩	貞
	法官	梁	宏	哲
	法官	周	盈	文
	法官	蔡	廣	昇
	法官	鄧	振	球

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 111 年 7 月 12 日