

最高法院刑事判決

110年度台上字第4186號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官蘇南桓
被告 沈文星
沈良益

上列上訴人因被告等違反政府採購法案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國109年12月30日第二審判決（109年度上訴字第1082號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署107年度偵字第7511號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於沈文星、沈良益部分撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

理 由

一、本件經原審審理結果，認為被告沈文星、沈良益有原判決事實欄所載之犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判被告2人共同犯行使業務登載不實文書罪刑，另認為不能證明被告2人有如起訴書所載政府採購法第88條第1項前段之違法審查圖利部分之犯行，而不另為無罪之諭知。固非無見。

二、惟查：

（一）、按政府採購法第88條第1項前段規定之違法審查圖利罪（以下或稱本罪），係以「受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者」為構成要件。至所稱「違反法令之審查」為何？首應先究明政府採購法之相關規定。為建立政府公平、公開之採購制度，提升採購效率與功能，確保採購品質，政府採購法就辦理採購之招標、決標、履約管理及驗收等事項，訂有明確之規範，俾辦理採購之機關及廠商以資遵循，是乃依法律課予之義務（誠命）。其中，關於機關辦理公共工程勞務採購履約管理之有關監造、審查事項，該法第70條明定：「機關辦理工程採購，應明訂廠商執行品質管理、環境保護、施工安全衛生之責任，並對重點項

目訂定檢查程序及檢驗標準。機關於廠商履約過程，得辦理分段查驗，其結果並得供驗收之用。中央及直轄市、縣（市）政府應成立工程施工查核小組，定期查核所屬（轄）機關工程品質及進度等事宜。工程施工查核小組之組織準則，由主管機關擬訂，報請行政院核定後發布之。其作業辦法，由主管機關定之。財物或勞務採購需經一定履約過程，而非以現成財物或勞務供應者，準用第一項及第二項之規定」；同法對於驗收事宜亦規定於第72條第1項：「機關辦理驗收時應製作紀錄，由參加人員會同簽認。驗收結果與契約、圖說、貨樣規定不符者，應通知廠商限期改善、拆除、重作、退貨或換貨。其驗收結果不符部分非屬重要，而其他部分能先行使用，並經機關檢討認為確有先行使用之必要者，得經機關首長或其授權人員核准，就其他部分辦理驗收並支付部分價金」，核屬就公共工程勞務採購之審查（檢驗、檢查、分段查驗、驗收等）事項明定之規範。規範之對象不惟辦理採購之機構，同亦包括受機關委託辦理採購監造、審查之人員。又行政院公共工程委員會為落實政府採購法第70條公共工程採購品質管理，並確保公共工程施工成果符合設計及規範要求，定有「公共工程施工品質管理作業要點」；辦理本案採購之嘉義縣政府亦定有「嘉義縣政府公共工程施工品質管理作業要點」及「嘉義縣公共工程施工廠商品質管制規定」，資為執行法律所必要之技術性、細節性規定（見第一審卷（一）第201頁以下）。以上政府採購法第70條、第72條之規定併同其授權訂定之相關規定，其內容核屬公共工程之監造人（廠商），就辦理公共工程之監造、審查所應遵守之誠命規範或禁止規範。申言之，機關辦理公共工程之勞務採購，並將公共工程之監造、審查另行委託第三人（廠商），進而與之訂立監造契約，契約內容因個案需求而將上開法令對於監造人辦理審查之檢查程序、檢驗標準及分段查驗之規定予以具體化，則該受機關委託提供採購監造、審查之人員，倘違背監造契約所約定之監造及審查應循事項，不惟單純違背民

事契約，益屬違背政府採購法之相關規定，具有刑事違法性，已然該當於本罪所稱「為違反法令之審查」之構成要件。倘於本罪之釋義未予明辨，致適用法規不當，自屬判決違背法令。

原判決事實欄一記載：星益工程顧問有限公司（下稱星益公司）於民國101年4月13日得標承攬「緞繻村塩菜甕頂水保災修工程」（工程施作地點：嘉義縣竹崎鄉；下稱本案工程）之設計及監造工作，與嘉義縣竹崎鄉公所（下稱竹崎鄉公所）依政府採購法訂定「工程設計監造委任契約書」之勞務採購契約，依約星益公司受竹崎鄉公所之委託，提供工程監造等服務，負責監督承造廠商依設計圖說施工、查核工程材料之規格與品質、施工監造、辦理工程估驗、會同估驗及驗收、檢驗、並隨時查核控管施工廠商履約進度等事務，被告2人為星益公司指派擔保本案工程監造案之承辦人員。另芳義營造有限公司（下稱芳義公司）於101年8月17日得標承攬本案工程主體標案等情（見原判決第2頁）。似已認定被告2人為受機關委託提供採購審查、監造之人員。原判決復於事實欄二認定：「本案工程自101年8月30日開工後，芳義公司於施作攔砂壩右側基礎及壩體工程階段，未經報請竹崎鄉公所及監造人員查驗，即擅自強行施作完畢。…被告2人明知芳義公司並未於101年9月27日申請查驗，其等2人亦未於同日前往監督及查驗，為應付嘉義縣政府公共工程品質抽查小組之查核，竟與郭晉睿、張俊傑、張凱順共同基於行使業務上登載不實文書之犯意聯絡，於101年10月18日後至嘉義縣政府工程施工查核小組於101年11月15日查核前某日，由張俊傑、沈良益填載芳義公司於101年9月27日提出『攔砂壩軀體模版及鋼筋』之請驗申請，及星益公司於同日就『攔砂壩第一層』進行查驗等不實事項登載於業務上作成之公共工程施工日誌、公共工程監造報表、工程施工中請驗單、工程施工中查驗單、查驗表單、現場查驗照片、鋼筋查驗檢查表、模板查驗檢查表等文件，並在張俊傑位於嘉義縣○○鄉○○村

○○路○○號住家，由沈良益持星益公司大小章、及張凱順持向郭晉睿借用之芳義公司大小章蓋用於上開業務文書上，再由沈良益於鋼筋查驗檢查表、模板查驗檢查表及查驗表單等文件上簽名驗收。其後沈良益及張俊傑復將該些業務上登載之不實文件，一併送交至竹崎鄉公所應付查核而行使之，致使不知情之嘉義縣政府工程施工查核小組人員於101年11月15日前往查核時，未能發現攔砂壩右側、壩體及攔砂壩左側基礎工程等均未經星益公司檢驗合格，僅發現星益公司就本工程所使用之加勁網材料等，尚未經檢驗合格即任由芳義公司施作，且各層工地密度未檢驗符合即進行下一步驟，故就『加勁網升層填土之夯壓密度尚未檢驗有所成果即另行加層』部分予以扣2點，以規避星益公司前揭違背契約審查義務，及芳義公司未經查驗即擅自施工可能遭受扣點之罰款，足生損害於竹崎鄉公所人員、嘉義縣政府工程施工查核小組對本工程施工狀況、估驗計價及本工程施工日誌等文書審核之正確性」（見原判決第3至4頁）。果若無訛，似已認定被告2人不實辦理工程查驗而違背審查義務。則原判決未能理解上開政府採購法及其授權訂定規定之相關工程審查規範，正確詮釋本罪所稱「違反法令」內涵，逕以「被告2人縱有違反契約所定之審查義務，並非即等同已對本案工程之技術、工法、材料、設備或規格為『違反法令』之限制或審查，故本件被告2人所為，客觀上並未該當政府採購法第88條（第1項前段）之違法圖利審查罪之構成要件」等旨（見原判決第24頁），遽行被告2人有利之判決，自有判決適用法則不當之違背法令。

(二)、政府採購法第88條第1項前段規定於91年2月6日修正擴大適用對象至審查、監造之人員，且不限招標階段之綁標行為，履約階段對廠商履約事項為違反法令之限制或審查，亦一併適用，其立法意旨乃在禁止謀取私人不法利益者，藉違反法令審查之行徑，造成公帑不必要之浪費，甚至衍生經費追加、工期延宕、品質不良等弊病；為有效遏阻此等不法行為

，提升政府施政績效與形象，而為之立法。本罪所規定含有抽象意涵之「利益」，係指一切足使圖利對象之本人或第三人其財產增加經濟價值者均屬之，包括現實財物及其他一切財產利益（包含有形、無形之財產利益及消極的應減少而未減少與積極增加之財產利益），且不以有對價關係及致其他損害之發生為必要。故該項所稱不法利益，只須受機關委託提供採購審查、監造之人員，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之審查，與不法圖得之自己或其他私人不法利益間，具有因果關係，即可成立。再，政府採購法第88條第2項明定本罪之未遂犯處罰之，是則，行為人倘已符合該罪之其他要件，縱未獲得利益，仍應成立未遂犯行。

原判決於事實欄認定，芳義公司於施作攔砂壩右側基礎及壩體工程階段，未經報請監造人員查驗，即擅自強行施作完畢，被告2人明知未實際查驗卻於查驗報表等登載已進行查驗之不實事項，所為行使業務登載不實文書，規避其等本件違背之審查義務，並規避「芳義公司未經查驗即擅自施工可能遭受扣點之罰款」等情（見原判決第3至4頁）；並於其理由欄內記載「依嘉義縣公共工程施工廠商品質管制規定第13條、第19條（四）乙方應依品質計畫書或監造計畫書訂定之施工查驗停留點，通知監造單位到場查驗，若未適時通知監造單位到場查驗就逕行施工，每次查獲扣罰乙方品管懲罰性違約金工程品管費百分之五（未編列工程品管費為1萬元），乙方亦應配合監造單位就先行施工部分加強抽驗。（八）乙方施工如有與設計規範或樣品不符或履約品質瑕疵項目，乙方應進行拆除重作、改善、補強、鑑定、檢討責任等必要處置措施…。由上開規定可知，施工廠商未適時通知監造單位到場查驗就逕行施工，先處以懲罰性違約金，並須配合監造單位就先行施工部分加強抽驗」之旨（見原判決第35至36頁）。原判決事實及理由均已記載，被告2人不實查驗因而規避芳義公司可能遭受扣點之罰款，則是否係認定因此減少芳義公司懲罰性違約金之支出？又既已認定被告2人未如實

查驗卻訛詐查驗之犯行，則是否已使芳義公司、（被告2人所屬之）星益公司均減少查驗費用之支出？或另有減少其他費用支出？果若其等因應減少而未減少致增加整體財產利益，則是否已經因此而獲得利益？況且，揆諸上揭說明，被告2人倘意圖為私人不法利益，而對於芳義公司之履約事項，為違反法令之審查者，縱未有獲得利益，仍無礙於未遂犯行之成立。則本件情形如何？原審對此亦契置不論。以上，均攸關被告2人被訴本罪成立與否之判斷，乃原審未遑究明，復未為必要之說明，遽認不能證明犯罪，而撤銷第一審此部分之有罪判決並改判無罪（不另為無罪之諭知），不惟有調查未盡之失，且有判決理由矛盾之違誤。

三、以上或係為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，原判決上述違背法令，影響於本件犯罪事實是否成立之認定，本院無可據以為裁判，應認原判決關於被告2人部分有撤銷發回更審之原因。至原判決認被告2人共同犯行使業務登載不實文書罪部分，基於審判不可分原則，自應併予發回更審。

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 2 日

刑事第二庭審判長	法官	林勤純
	法官	莊松泉
	法官	李欽任
	法官	吳秋宏
	法官	王梅英

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 111 年 6 月 7 日