

最高法院刑事判決

111年度台上字第726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 王俊凱律師

上列上訴人等因違反貪污治罪條例案件，不服臺灣高等法院臺中
分院中華民國110年10月26日第二審更審判決（109年度重上更
二字第24號，起訴案號：臺灣南投地方檢察署100年度偵字第10
72、1609至1611號），提起上訴，本院判決如下：

主 文
上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決
違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判
決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未
依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何
適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第
三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違
背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決撤銷第一審關於上訴人洪炳煌共同利用職務機會
詐取財物、上訴人廖鈞仔與公務員共同利用職務機會詐取財
物部分之科刑判決，改判各依想像競合犯，從一重論處洪炳
煌共同犯利用職務機會詐取財物、廖鈞仔與公務員共同犯利
用職務機會詐取財物（均尚犯公務員登載不實公文書、行使
業務上登載不實文書）罪刑。就（與公務員）共同利用職務
機會詐取財物、公務員登載不實公文書部分，已詳敘認定犯
罪事實所憑證據及理由。

01 三、證據之取捨及事實之認定，為事實審法院之職權，如其判斷
02 無違經驗法則或論理法則，即不能任意指為違法。原判決綜
03 合判斷證人陳秀玲（南投縣信義鄉公所下稱信義鄉公所V
04 主計室主任）、張國興（同案被告伍香蘭之夫）、李坤清（
05 同案被告）、全志明（同案被告方阿葉之子）、湯耀宗（信
06 義鄉公所農業課技士）、張佳綺（中華會計事務所職員）、
07 司美琴（信義鄉公所建設課職員）、莊進忠（信義鄉公所秘
08 書）、劉玉謙（程洹榮企業社股東）、全秀蘭（信義鄉公所
09 政風室技士）、陳世欣（信義鄉公所主計室課員）、梁梅花
10 、李寶珠、王欣潔、呂布、伍慧雯、伍麗霜、幸源豐、全來
11 明、米田秀美、谷金定、幸梅花、松東光、金文學、司仁平
12 、梁司金葉、金立春、金惠美、金月里、黃錫鈞、吳惠雪、
13 司玲花、張國興、廖苔伶（以上23人均為賀揚企業社僱用之
14 巡守隊人員）、吳信乾（玉山營造股份有限公司負責人）、
15 司涵恩、林佳文（以上2人為信義鄉公所農業課職員）、林
16 淑慧（信義鄉公所出納人員）、林慶龍（經濟部水利署第四
17 河川局下稱第四河川局V負責河川守護隊計畫之約僱技術
18 員）之證述、洪炳煌與廖鈞仔（下或稱上訴人2人）之部分
19 供述、卷附南投縣政府營利事業統一發證設立變更登記申請
20 書（賀揚企業社）、第四河川局民國97年11月13日函、101
21 年1月31日函、103年8月21日函、103年3月20日函所附
22 「河川守護隊計畫」相關資料、101年6月4日函及所附南
23 投縣信義鄉河川復育及保育守護隊計畫執行計畫書及「人力
24 需求」表（附件1）、「97年度河川守護隊計畫」相關之信
25 義鄉公所勞務採購契約書、中文公開招標公告資料（97年11
26 月24日）、開標/議價/決標/流標/廢標紀錄（97年12月
27 2日）、投標廠商資格審查表、各月份請領經費概算、參與
28 投標廠商之投標文件、證件、「97年度河川守護隊計畫執行
29 計畫」相關之信義鄉公所勞務採購決算書（98年1月20日）
30 、估價單、決標公告（97年12月4日）、各月份決算表、結
31 算明細表、集集鎮○○段000地號土地及集集鎮廣明段130

01 建號建物相關之登記公務用謄本、南投縣水里地政事務所審
02 查《異動索引》、土地登記申請書、土地、建物所有權狀、
03 昌鈺營造有限公司、賀揚企業社設立及歷次變更登記資料、
04 法務部調查局南投縣調查站扣押物封條（扣押物持有人李坤
05 清）、扣案未經核章之「南投縣信義鄉公所計畫預算書」、
06 財團法人金融聯合徵信中心查詢順義企業社、程洹榮企業社
07 之公司董監事及經理人名單、戶役政連結作業系統（柯信義
08 、許麗秋、史偉忠）、程洹榮企業社103年5月20日函及所
09 附原住民機構、法人或團體證明書、信義鄉農會代理信義鄉
10 公庫送款憑單回單（一）、信義鄉公所計畫預算書（97年11
11 月）、97年度「河川守護隊臨時人員雇用計畫」勞務採購契
12 約書（信義鄉公所與賀揚企業社）、工程月報表（97年12月
13 份至98年7月份）、信義鄉公所106年9月27日函、保育人
14 員簽到簿、工作執行情形照片、各月份財物採購結算驗收證
15 明書、驗收紀錄、初驗紀錄、賀揚企業社領款存根、行政院
16 公共工程委員會（下稱工程會）103年4月9日函及所附工
17 程會意見對照表、附件1、2、財政部中區國稅局南投分局
18 107年3月14日函及所附賀揚企業社97、98年度營業成本明
19 細表、保險局勞工退休金繳款書、勞工退休金計算名冊、勞
20 工保險局保險費繳款單、信義鄉公所、南投縣信義鄉農會專
21 戶存款支票、賀揚企業社合作金庫銀行帳號000000000000
22 號帳戶之交易明細表、合作金庫銀行取款憑條、匯款申請書
23 代收入傳票（一）、現金支出傳票等相關證據資料，非僅憑
24 湯耀宗、李坤清之指證，即認定洪炳煌有共同利用職務機會
25 詐取財物之犯行，廖鈞仔有與公務員共同利用職務機會詐取
26 財物之犯行。並敘明：洪炳煌利用擔任信義鄉公所農業課課
27 長，負有督導97年度河川守護隊計畫勞務採購案（下稱系爭
28 採購案）執行情形、審核招標公告、主持開標程序、審定得
29 標廠商、審查驗收付款等權責，且承辦人湯耀宗初辦採購案
30 而不諳採購程序之機會，先交付未經核章之計畫預算書給廖
31 鈞仔，以利廖鈞仔製作投標估價單，再於97年12月2日系爭

採購案開標時擔任主持人，明知依政府採購法第50條第1項第1款、第2款規定，投標廠商有未依招標文件之規定投標，或有投標文件內容不符合招標文件之規定者，經機關於開標前發現者，其所投之標應不予開標；於開標後發現者，應不決標予該廠商；竟為護航賀揚企業社得標，利用其主持開標程序及負責審定得標廠商之機會，明知賀揚企業社所提交之投標文件內，並未依中文公開招標公告資料所要求之廠商需提出僱用之四分之三人力為原住民之身分證文件，與招標公告之要求不符，不具投標資格，竟私自擴大解釋認定原住民廠商資格即等同符合「檢附所僱用之四分之三人力為原住民之身分證文件」之招標公告要件，指示對審標業務不甚熟稔，亦無能力判定是否符合招標公告資料上載之合格廠商與否之湯耀宗，在其等職務上所掌管之開標紀錄公文書上，虛偽登載賀揚企業社符合招標文件規定之不實內容，並核章同意，進而宣布僅提出原住民廠商證明之賀揚企業社，以底價內之最低價得標。又協助賀揚企業社與信義鄉公所簽訂勞務採購契約書，且明知賀揚企業社有部分巡守隊外勤人員未實際到工，竟指示湯耀宗不用查核賀揚企業社之履約狀況，嗣於賀揚企業社申請核銷請款時，明知賀揚企業社所檢附之文件有所欠缺，仍指示信義鄉公所職員代為製作及編排照片，並親自代為填寫各巡守隊人員每月（97年12月至98年7月）應作天數及實作天數，再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。而廖鈞仔憑恃洪炳煌具有上開職務機會，於投標文件不符規定之情形下，仍順利得標系爭採購案，嗣指示李坤清在業務上所掌之各月份工程月報表虛偽登載每月均有20人上工之不實事項，及要求河川巡守隊外勤人員梁梅花、李寶珠、王欣潔、梁司金葉、呂布、司仁平（下稱梁梅花等6人）填載不實簽到紀錄簿，而短發薪資予河川巡守隊人員，再經由洪炳煌之協助，向信義鄉公所佯以賀揚企業社有提供契約約定之勞務，且有如實發放薪資予河川巡守隊人員，使信義鄉公所相關

承辦人員陷於錯誤，同意核銷撥付如原判決附表（下稱附表）所示各月份核銷總額與實發總額之差額計新臺幣（下同）86萬8,368元，再由洪炳煌領取各期合約款公庫支票。廖鈞仔、李坤清雖不具公務員身分，然與具備公務員身分之洪炳煌就所犯利用職務機會詐取財物罪間，有犯意聯絡及行為分擔，仍以共犯論。上訴人2人與李坤清就公務員登載不實公文書罪間，有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。洪炳煌所為：系爭採購案是由承辦人湯耀宗製作預算書，招標公告加註須僱用四分之三的原住民，係第四河川局在公文內規定要17個原住民、3個低收入戶或是弱勢族群，非其擅加，且係承辦人指示司美琴將此僱用人力限制資格公告上網，而開標時其認定只要提出原住民廠商證明書或僱用四分之三之原住民即符合資格。其不清楚賀揚企業社如何發放工資，亦未介入賀揚企業社經營之辯解；洪炳煌之原審辯護人所為：系爭採購案之僱用人力限制資格係依第四河川局之函文要求，並非洪炳煌所妄加，該項限制亦不能確保賀揚企業社得標。且上訴人2人若有事先謀議，何以賀揚企業社於投標時未檢附原住民證件。又系爭採購案開標時，尚有其他人員在場監標，審標非由洪炳煌獨自決定，程序並無違法，亦無投標廠商提出異議。另系爭採購案之招標公告已列出預算金額，不需要事前瞭解預算書。司涵恩及林佳文所為，本屬其等業務範圍，並無不妥。公庫支票亦已指名且禁止背書轉讓，不能因洪炳煌代賀揚企業社領取公庫支票，即謂上訴人2人有犯意聯絡。再者，依湯耀宗之說明，具備原住民廠商資格即等於可以提供原住民勞力的能力證明。依洪炳煌當時之認知，只要提出原住民廠商資格，應該就能提出僱用四分之三原住民勞力之能力證明。湯耀宗逐一審查各投標廠商之資格，於審查表上勾選賀揚企業社合格，經其審核後通過，並非不法護航。況洪炳煌既未參與實行以不實資料向鄉公所詐取財物之犯罪構成要件行為，如有處理不當，亦僅構成行政懲處之辯護意旨；廖鈞仔所為：其未曾拿過未經核章之計畫預算書

，其是以預算金額的8成以上估算報價金額。又巡守隊外勤人員的招募、管理、薪資發放及驗收請款均由李坤清負責，其未要求李坤清短發薪資，不清楚外勤人員的實際工作日數及驗收請款的文件資料之辯解；及廖鈞仔之原審辯護人所為：賀揚企業社係因投標金額最低而得標，並未施用任何詐術，且投標時業經提供原住民廠商證明文件，已具備投標資格，僱用人力資格限制係履約條件。又廖鈞仔得標後即將後續執行全權委由李坤清辦理，並不知李坤清擅自扣留巡守隊外勤人員薪資，且僱用人員薪資若干，純屬企業內部事務，契約條文並未限制僱用人員之最低薪資。另系爭採購案驗收、撥款均與洪炳煌無涉，上訴人2人亦無何犯意聯絡，縱廖鈞仔發放工資有疏失，僅屬公法契約債務履行問題之辯護意旨，如何不足採信等由甚詳，所為論列說明，與卷證資料悉相符合，亦不違反經驗、論理法則。

四、上訴人2人提起第三審上訴，洪炳煌以：（一）其縱有擴大解釋認定提出原住民資格者即等同符合「檢附所僱用之四分之三人力為原住民之身分證文件」，亦僅使賀揚企業社得以通過第一階段資格標之審查而已，尚有其他3家投標廠商通過審查。賀揚企業社係因於第二階段比價程序，報價最低且在底價以內才得標。其所為至多僅成立公務員登載不實公文書罪，難認與賀揚企業社之得標間具有相當因果關係。又系爭採購案之招標公告加註「本案之人力僱用需四分之三為原住民身分，廠商需提出原住民身分證件於投標文件內」與第四河川局函請信義鄉公所辦理系爭採購案之公文意旨相符，不能執為不利於其之認定。且賀揚企業社得標之關鍵在於比價為預算以內之最低價，而非加註上開人力資格限制。賀揚企業社之投標金額既係最低價，其無刻意在系爭採購案之招標公告增加僱用人力資格限制之必要。原判決遽行認定其護航賀揚企業社得標，未採納其辯解，有證據上理由矛盾、理由欠備及調查未盡之違誤。（二）其縱知悉巡守隊有部分人員未實際到工，亦僅能證明其有放水、圖利之嫌。即使其有

代賀揚企業社填寫各巡守隊人員每月應作天數及實作天數，領取公庫支票，所為僅屬護航、圖利之範疇，本案並無具有證明上關聯性之直接或間接證據，足資證明其明知或可得而知廖鈞仔與李坤清不實製作相關員工簽到簿及工作月報表。且原判決並未說明客觀上有何依據，足認廖鈞仔與李坤清就公務員登載不實公文書，亦應負共同正犯之責。遽行認定其實明知賀揚企業社歷次提出之員工簽到簿及工程月報表均不實，其護航賀揚企業社之舉止，係基於與廖鈞仔、李坤清共同利用職務上機會詐取財物之犯意所為，而與廖鈞仔、李坤清有共同犯意聯絡及行為分擔，上訴人2人與李坤清就公務員登載不實公文書罪間，亦有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。有認定事實未依證據之違誤。（三）司涵恩之工作是核銷，不包括教導製作、編排工作執行照片，且製作、編排工作照片，亦非詐欺取財之部分行為。又林佳文之工作本含製作照片、彙整資料，未涉及不實。原判決謂其利用司涵恩指導其製作、編排工作執行照片、指示司涵恩協助辦理申請核銷之公文流程，及利用林佳文代賀揚企業社製作、編排照片，而完成其等犯行之各部分，均為間接正犯，有證據上理由矛盾及適用法則不當之違法。（四）湯耀宗為系爭採購案之主辦人，極有可能推卸責任，所為陳述應比照共犯之自白，須有補強證據以擔保與事實相符。湯耀宗不利於上訴人之證述，並無客觀事證可佐。原判決仍採信湯耀宗之證詞，有違證據法則。（五）原審漏未傳喚系爭採購案之主驗、初驗人員村幹事陳崇賢、巫世源到庭，查明當初驗收之經過，有應於審判期日調查之證據而未予調查之違誤。廖鈞仔則以：（一）巡守隊外勤人員均為李坤清面試僱用及管理督導，其未介入。其僅係依李坤清提供之名單，交付外勤人員薪資予李坤清發放，不知外勤人員未按時上工及李坤清短付外勤人員薪資。本案並無證據顯示其知悉外勤人員未按時上工及李坤清剋扣外勤人員薪資，原判決僅憑李坤清之指證，即認定其有共同利用職務上機會詐取財物之犯行，有不備理由之違

01 法。(二)梁梅花等6人之員工簽到簿及工程月報表均為李
02 坤清所製作，上訴人2人皆不知內容不實。縱認洪炳煌或可
03 能知悉部分外勤人員有未實際到工之情形，竟親自填寫巡守
04 隊人員每月應作天數及實作天數，復持賀揚企業社印章用以
05 請款，充其量亦僅係護航或圖利，無法據此推論洪炳煌明知
06 或可得而知簽到簿或工程月報表之內容記載不實。原判決遽
07 行認定上訴人2人與李坤清成立共同利用職務機會詐取財物
08 罪，有認定事實未依證據之違法。(三)原判決理由既引用
09 李坤清關於員工遺失相機、望遠鏡，會扣他們薪水之證詞，
10 卻未斟酌說明李坤清究竟扣掉外勤人員多少錢？詐欺之金額
11 是否比86萬8,368元為少？有判決不備理由之違法等語。

12 五、惟查：(一)貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務
13 機會詐取財物罪，以公務員利用職務上之機會，詐取財物，
14 為其構成要件。所謂「利用職務上之機會」，係指假借職務
15 上一切機會，予以利用者而言。而所利用之機會，並不限於
16 職務本身固有之機會，即使由職務上所衍生之機會，亦包括
17 在內，要不以職務上有決定權者為限。又就詐取財物之要件
18 言，與刑法詐欺取財罪相同，係以行為人意圖為自己或第三
19 人不法之所有，以詐術使被詐欺人陷於錯誤，而將本人或第
20 三人之物交付為要件。洪炳煌利用擔任信義鄉公所農業課課
21 長，負有督導系爭採購案執行情形、審核招標公告、主持開
22 標程序、審定得標廠商、審查驗收付款等權責，且承辦人湯
23 耀宗初辦採購案而不諳採購程序之機會，明知賀揚企業社所
24 提交之投標文件，與招標公告之要求不符，不具投標資格，
25 仍護航賀揚企業社得標，嗣明知賀揚企業社有部分巡守隊外
26 勤人員未實際到工，竟指示湯耀宗不用查核賀揚企業社之履
27 約狀況，而由廖鈞仔指示李坤清在各月份工程月報表虛偽登
28 載每月均有20人上工之不實事項，及要求河川巡守隊外勤人
29 員梁梅花等6人填載不實簽到紀錄簿，短發薪資予河川巡守
30 隊人員，再由洪炳煌於驗收證明書上核章准予驗收，並協助
31 賀揚企業社申請核銷請款，使信義鄉公所相關承辦人員誤信

01 賀揚企業社有提供契約約定之勞務，且有如實發放薪資予河
02 川巡守隊人員，而陷於錯誤同意核銷撥付如附表所示各月份
03 核銷總額與實發總額之差額予賀揚企業社。依上揭說明，原
04 判決認定洪炳煌成立共同利用職務機會詐取財物罪，廖鈞仔
05 成立與公務員共同犯利用職務機會詐取財物罪，尚無不合。
06 至不符投標資格之賀揚企業社是否因報價最低才得標，並無
07 礙於上開認定。（二）原判決認定洪炳煌利用司涵恩指導其
08 製作、編排工作執行照片、指示司涵恩協助辦理申請核銷之
09 公文流程，及利用林佳文代賀揚企業製作、編排照片，並無
10 違誤。縱洪炳煌所為不生間接正犯問題，除去此部分記載，
11 顯於判決無影響。（三）湯耀宗並非共犯，洪炳煌主張湯耀
12 宗之證述，應比照共犯之自白，須有補強證據以擔保真實性
13 ，尚屬無據。（四）李坤清雖陳述員工遺失相機、望遠鏡，
14 會扣他們薪水等語，然未舉證以實其說，亦未具體敘明係扣
15 何員工何月份薪資，自不足為有利於上訴人2人之認定。原
16 判決未就此部分說明，於判決無影響。（五）洪炳煌共同利
17 用職務機會詐取財物之事證明確，洪炳煌及其原審辯護人於
18 審判期日亦未聲請傳喚系爭採購案之主驗、初驗人員村幹事
19 陳崇賢、巫世源到庭調查驗收經過，有110年9月14日審判
20 筆錄在卷可查。原審未再為無益之調查，自無違法可言。執
21 此指摘，殊非上訴第三審之適法理由。

22 六、上訴人2人其餘上訴意旨，核係對原審採證、認事之職權行
23 使、原判決已說明及於判決無影響之事項，以自己之說詞或
24 持不同之評價，而為事實上之爭辯，或依憑己意所為之指摘
25 ，皆非適法上訴第三審之理由。

26 七、依上所述，上訴人2人關於（與公務員）共同犯利用職務機
27 會詐取財物、公務員登載不實公文書部分之上訴，均違背法
28 律上之程式，皆應駁回。至上訴人2人想像競合犯刑法第21
29 6條、第215條之行使業務上登載不實文書部分，第一審認
30 定有罪，並無刑事訴訟法第376條第1項但書之情形，核屬
31 同條項第1款所定不得上訴第三審法院之案件。上訴人2人

01 就得上訴部分之上訴既不合法，應從程序上予以駁回，關於
02 行使業務上登載不實文書部分自無從為實體上之審判，應一
03 併駁回。

04 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

05 中 華 民 國 111 年 8 月 24 日

06 刑事第六庭審判長法官李英勇

07 法官洪兆隆

08 法官吳冠霆

09 法官邱忠義

10 法官楊智勝

11 本件正本證明與原本無異

12 書記官

13 中 華 民 國 111 年 8 月 29 日