臺灣高等法院刑事判決

107年度上訴字第3071號

上　訴　人　臺灣士林地方檢察署檢察官
上　訴　人
即　被　告　阮福田
選任辯護人　溫光雄律師
選任辯護人　黃明展律師
選任辯護人　劉兆珮律師

上列上訴人因被告貪污治罪條例等案件，不服臺灣士林地方法院105年度訴字第158號，中華民國107年7月10日第一審判決（起訴案號：臺灣士林地方檢察署103年度偵字第7723號、104年度偵字第12214號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、阮福田係臺北市政府工務局新建工程處（下稱新工處）養護工程隊第5分隊技工，擔任士林區和北投區管區之職務，○○○區○○○道路會勘、1999專線及市容查報之案件窗口與巡查管線單位之人孔高度是否符合法令規定等相關業務，係依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員。緣奕捷營造股份有限公司（下稱奕捷公司）承造臺北市○○區○○路○段00○00號陳楚然農舍之汽車斜坡道建案後，將此建案轉交林長期所經營之長期工程行施作，而因長期工程行承造作業導致該建案附近道路損壞，新工處乃於102年12月17日函知奕捷公司於修復完畢後應通知新工處勘驗。因此，林長期透過臺北市議會議員陳慈慧所聘助理陳仕原引介修復廠商。陳仕原因知悉阮福田為新工處○○○區○○道路之管區人員，乃向阮福田洽詢確認該處道路路損應如何施工及處理方式，並請阮福田代為以上開施工內容向相關施工廠商接洽詢價。阮福田明知林家進所經營之馳原工程有限公司（下稱馳原公司）實際報價僅新臺幣（下同）8萬元，竟基於利用職務上機會詐取財物之犯意，於民國102年12

月20日，向陳仕原謊稱廠商報價為12萬元，陳仕原乃加計自己仲介費用1 萬元後向林長期轉知其仲介費用加計廠商報價合計為13萬元，林長期因此陷於錯誤，將13萬元現金交付給陳仕原，陳仕原於103 年1 月3 日開立面額12萬元之支票予阮福田兌領，阮福田僅將其中8 萬元交付給林家進，而從中詐得差額4 萬元得逞。

二、案經法務部廉政署移送臺灣士林地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、上訴範圍：

按上訴得對於判決之一部為之；未聲明為一部者，視為全部上訴。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴，刑事訴訟法第348 條定有明文。查檢察官就原審判決被告阮福田無罪部分提起上訴外，有罪部分僅以量刑過輕為由提起上訴，有上訴書可稽。而不另為無罪之諭知部分，檢察官起訴意旨既然認為與原審判處有罪部分具有想像競合之裁判上一罪關係，其上訴效力自及於原審就被告不另為無罪之諭知部分，先予敘明。

貳、有罪部分：

一、證據能力：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據；又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合同法第159 條之1 至第159 條之4 之規定，但經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159 條第1 項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159 條第1 項、第159 條之5 分別定有明文。本判決所引用被告以外之人於審判外之陳述，雖屬傳聞證據，惟公訴人、被告及辯護人就該等審判外陳述之證據能力，於本案言詞辯論終結前均未聲明異議（見本院卷

第134至147頁、第174至187頁）。本院審酌該等證據資料製作時之情況，並無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，揆諸前開規定，認該等證據資料均有證據能力。至其餘非供述證據，本院查無有何違反法定程序取得之情形，應認有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

上開事實，業據被告阮福田於廉政署廉政官詢問、檢察官訊問及原審準備程序、審理時均坦承不諱（見廉查肅卷五第12頁反面至第13頁反面、偵7723號卷五第245至246頁、審訴卷第42頁、原審卷三第354頁，本院卷第128頁），核與林家進（見原審卷一第311至324頁）、林長期（原審卷三第175 至188頁）、陳仕原（見原審卷三第188至208 頁）證述情節相符，並有馳原公司請款明細表、銑刨數量表、被告與陳仕原、林家進等人間聯繫之通訊監察譯文等資料在卷可稽（見廉查肅卷二第175至177頁、卷五第4至6頁、第23至25頁），足認被告前揭具任意性之自白核與事實相符，而屬可信。本件事證明確，被告此部分犯行洵堪認定，應依法論科。

三、論罪科刑：

㈠按貪污治罪條例第5 條第1項第2款公務員利用職務上機會詐取財物罪之成立，係以刑法上所規範之詐欺行為為基準，而行為人於犯罪時具有公務員身分，且利用其職務上之機會或所衍生之機會，因勢乘便而詐取財物者，即足當之。此之機會，不以職務上有決定權者為限（最高法院107 年度台上字第1287號判決意旨參照）；貪污治罪條例第5 條第1項第2款規定之利用職務上之機會詐取財物罪，其所謂「利用職務上之機會」，係指假借職務上之一切事機，予以利用者而言，其所利用者，職務本身固有之事機，固不論矣，尚包括由職務上所衍生之機會，可見此規定之重點在於機會（最高法院95年度台上字第3355號判決意旨參照）；貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務機會詐取財物罪，以依據法令從事公務之人員利用職務上之機會，詐取財物，為其構成要件。

所謂「利用職務上之機會」，係指假借職務上一切機會，予以利用者而言。其所利用者，職務本身固有之事機，固無論矣，即使由職務上所衍生之機會，亦包括在內，要不以職務上有決定權者為限。

㈡查被告任職新工處養護工程隊第5分隊技工，擔任士林區和北投區管區之職務○○○區○○○道路有無路損之情形有巡查查報之職務，係依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員，其因職務關係，本會認識修復道路之相關業者，竟利用民意代表助理向其詢問其所轄管區內之上開工程回復路損施工內容而請其代為洽詢施工廠商報價之機會，向陳仕原謊稱廠商林家進之報價為12萬元，經陳仕原轉知林長期，致使林長期因此陷於錯誤，將款項交付給陳仕原，核屬利用職務上之機會而詐取財物無疑。是核被告所為，係犯貪污治罪條例第5條第1項第2款之利用職務上之機會詐取財物罪。

㈢被告就上開犯行，僅係利用代詢施工廠商之機會從中牟利，情節輕微，而其所得財物係4萬元，爰依貪污治罪條例第12條第1項之規定，予以減輕其刑。又被告於偵查中自白犯行（見廉查肅卷五第12頁反面至第13頁反面、偵7723號卷五第245至246頁），且已自動繳交全部犯罪所得財物，有107年4月19日原審自行收納款項收據附卷可憑（見原審卷三第231頁），爰依貪污治罪條例第8條第2項前段之規定，減輕其刑，並依法遞減之。

四、不另為無罪之諭知部分：

㈠公訴意旨另以：被告於102年12月18日受陳仕原之邀前往陳楚然農舍之汽車斜坡道建案之建築基地會勘時，竟基於違反貪污治罪條例之圖利犯意，於同年月20日，邀林家進共往會勘、僅指定修復面積221平方公尺（應修復面積實為295.68平方公尺）而由林家進以其所經營之馳原公司於102年12月30日為此建案施作道路修復銑刨（鋪），使林家進即長期工程行獲取減省修復路損所需支付之2萬4756.42元（74.68＊

331.5元）不法利益。因認被告另犯貪污治罪條例第6條第1項第4款對於主管、監督事務，明知違背法令而直接圖利他人並使其獲得不法利益罪嫌云云。

㈡公訴意旨認被告涉此部分犯行，無非係以：被告之供述、林家進、林長期、陳仕原之證述、臺北市建築物施工中維護公共設施管理要點附圖二、建築物施工業主負責維護公共設施範圍示意圖編號3、新工處北市工新養字第10366050000號函文檢附建築物施工期間繪測建商路面修復位置示意圖、路損範圍圖、北市工新挖字第10264798800號、00000000000號函文及馳原公司請款明細、施工面積圖、102年12月17日至20日、24日、30日、103年1月2日、3日被告與陳仕原、胡紹荃、林家進間通訊監察譯文為主要論據。

㈢訊據被告固坦承有於102年12月20日邀林家進前往現場勘查，嗣由林家進以其所營馳原公司於同年月30日為此建案施作道路修復銑鋪等情，惟堅詞否認有何違反貪污治罪條例第6條第1項第4款之犯行，辯稱：我並無指定林家進少於應修復面積之範圍等語（見原審卷三第360頁）；其辯護人辯護稱：被告於102年12月20日與林家進前往現場勘查時，無法看到建築物整體，僅能告知林家進修復範圍為建築物前後20公尺，無法指定修復面積等語（見原審卷三第373至374頁）。經查：

1.被告於102年12月20日，邀林家進前往現場勘查，嗣由林家進以其所營之馳原公司於同年月30日此建案施作道路修復銑刨（鋪）工程，修復面積為221平方公尺一節，業據被告於廉政署廉政官詢問、檢察官訊問及原審準備程序、審理時均坦承不諱（見廉查肅卷五第12頁反面至第13頁反面、偵7723號卷五第245至246頁、審訴卷第42頁、原審卷三第354頁），核與證人林家進（見原審卷一第311至324頁）、林長期（原審卷三第175至188頁）、陳仕原（見原審卷三第188至208頁）證述情節相符，並有馳原公司請款明細表、銑刨數量表、施工面積圖、被告與陳仕原、林家

進等人間於102年12月17日至20日、24日、30日、103年1月2日、3日聯繫之通訊監察譯文等件在卷可稽（見廉查肅卷二第175至177頁、卷五第4至6頁、第23至25頁），此部分事實，固堪認定。

2.建築法第68條規定，承造人在建築物施工中，不得損及道路，溝渠等公共設施；如必須損壞時，應先申報各該主管機關核准，並規定施工期間之維護標準與責任，及損壞原因消失後之修復責任與期限，始得進行該部分工程。前項損壞部分，應在損壞原因消失後即予修復。依上開條文授權制訂之臺北市建築物施工中維護公共設施管理要點第2點於106年3月29日修正前之規定，承造人在建築物施工期間，不得損及道路、排水溝渠、緣石、人行道、鐵欄杆、路燈、行道樹等公共設施。如必須損壞時，應先申報各該主管機關核准。前項損壞部分，應在損壞原因消失後，即予修復。承造人及公共設施主管機關，應本於權責辦理。再依上開修正前要點第3點規定，建築工程承造人應於施工前調查基地四周20公尺範圍內各項公共設施之現況，並繪製現況實測圖，必要時得檢附相片，於申報放樣勘驗前會同監造人向主管機關報備，作為施工期間各相關單位之勘查依據等規定，作為審查承造人在建築物施工期間有無造成公共設施「損壞部分」之認定依據。綜上規定可知，於建築物承造人在建築物施工中，對於周遭公共設施之修復義務，並不等同於「應維護範圍」，其修復義務僅限於在其施工中損及道路之公共設施造成之「損壞部分」，而不及於維護範圍內其餘未造成公共設施損壞之部分。是公訴人雖舉臺北市建築物施工中維護公共設施管理要點附圖二、建築物施工業主負責維護公共設施範圍示意圖編號3為據，然此僅係承造人在建築物施工期間對於公共設施之「維護範圍」，並非「修復範圍」，其修復之範圍仍須以有「損壞部分」為限，公訴意旨逕以該等證據作為本案應修復之面積認定依據，認本件未按照上開維護面積全面予

以修復，已有誤會。

3.經新工處養護工程隊指派轄區分隊之管區蔡百一、工程師袁光正於103年1月15日前往現場勘查後，認為「路面」及「溝蓋」均「無損壞」，因之勘查結果認為「無缺失」，並函覆臺北市建築管理工程處（下稱建管處）謂：本處於103年1月15日現場勘查，其周邊道路設施均已復原，同意解除列管一情，有新工處建築工程施工中損壞公共設施勘查檢查表、勘查照片、新工處103年1月29日北市工新養字第10360083700號函等件資可稽（見廉查肅卷三第162頁反面至第165 頁），足認路損業已修復完畢，並無應修復而未修復之情形，難認林家進即長期工程行有何應修復而未修復之獲取不法利益之情形。

4.被告通知林家進於102 年12月20日到場勘查時，僅係為施工之估價，則被告縱有在斯時指明修復範圍，既非陳仕原或業主已經決定施作後之指定，業主是否接受其估價亦屬未定，則其所為要難認有何使業主減省不法利益之可言。

5.至公訴意旨所舉新工處102年5月28日北市工新挖字第00000000000號、102 年12月17日第00000000000號等函文（見廉查肅卷六第97至99頁），僅係針對奕捷公司申請完工勘驗一事，告知奕捷公司如施工涉及公共設施建損事宜，仍須依照臺北市建築物施工中維護公共設施管理要點相關規定辦理，並無法作為認定被告有何不法圖利之證明。又臺北市政府工務局新建工程處103年9月18日北市工新養字第10366050000 號函文檢附建築物施工期間繪測建商路面修復位置示意圖、路損範圍圖（見廉查肅卷二第21、22頁），僅係新工處依據檢察官之指示，派員於103年8月14日到現場繪製「建商路面修復位置」示意圖，並無標示有何建商「尚未修復之路損」之情形，更無從得出如何有公訴意旨所指應修復面積為「259.68平方公尺」而僅修復「221平方公尺」，短少修復「74.68 平方公尺」之計算結果，自亦不能據為被告不利之認定。

6.綜上所述，公訴人所提前開證據，尚屬不能證明被告此部分之犯行，本應就此部分為無罪之諭知，惟檢察官認此部分與前開有罪之利用職務上機會詐取財物罪行部分有想像競合之裁判上一罪關係，爰不另為無罪之諭知。

叁、無罪部分

一、公訴意旨另以：

㈠台新建築經理股份有限公司（下稱台新公司）委請新憶營造有限公司（下稱新憶公司）承造臺北市○○區○○路○○○巷○○號張偉森行建案（下稱張偉森行建案）後，因新憶公司之承造作業導致該建案附近道路即9至13號前方道路面積398.76平方公尺路損，新工處乃於103年1月7日函知台新公司於修復完畢後應通知新工處勘驗，且因該道路屬於8公尺以下道路，需以全路寬銑刨加鋪AC柏油完成修復，因此，新憶公司派駐該建案之工地主任陳瑛哲於同年3月初某日即承造此建案完工並欲申領使用執照時，向因該建案申請用電而得標台灣電力股份有限公司臺北北區營業處（下稱台電北北區處）配電工程之駿慧工程有限公司（下稱駿慧公司）負責人蔡漢鳴洽詢修復廠商，蔡漢鳴乃轉知本為其施作復原9至11號前方道路面積118.76平方公尺之下包即馳原公司負責人林家進為新憶公司併為修復，嗣與林家進交好之被告輾轉得知後，即基於違反貪污治罪條例之圖利犯意，以銑刨（鋪）業者地位與陳瑛哲議價，並議定以每平方公尺約500元價格，為新憶公司施作11至13號前方之道路銑刨（鋪）工程而復原路面，使新憶公司得以就前揭9至11號道路損害部分減省2次施工所需支付3萬9368.94元（118.76＊331.5元）之不法利益，嗣新憶公司陳瑛哲為答謝林家進，則同意以總價14萬7000元價格（含稅7000元），將全部即398.76平方公尺之道路修復工程交由其所營之馳原公司施作。因認被告此部分涉犯貪污治罪條例第6條第1項第4款對於主管、監督事務，明知違背法令而直接圖利他人並使其獲得不法利益罪嫌云云。

㈡展旭營造工程有限公司（下稱展旭公司）承造臺北市○○區

○○路○○○ 號徐吳花子建案（下稱徐吳花子建案）後，因展旭公司之承造作業導致該建案附近道路即小西街59號及大北路118 號前方道路路損，且小西街前方道路路損面積為252.6平方公尺，新工處乃於102年11月20日函知徐吳花子於修復完畢後應通知新工處勘驗，因此，展旭公司負責該建案之工務部經理許振榮於同年12月16日即承造此建案完工而欲申領使用執照時，向因該建案申請用電而得標台電北北區處配電工程之駿慧公司負責人蔡漢鳴洽詢修復廠商，蔡漢鳴乃轉知與林家進交好之被告到場。被告到場後雖發現林家進就應為駿慧公司銑刨（鋪）面積應達252.6 平方公尺之小西街路段僅鋪有151.65平方公尺之簡易修復路面而未完成銑（刨）鋪，竟因與林家進交好，即基於違反貪污治罪條例之圖利、公務員登載不實文書犯意，於同年月24日參與該道路竣工會勘時，未要求展旭公司許振榮需對該等路損道路全部即252.6平方公尺完成銑刨（鋪），始得辦理會勘，更未將此等情形知會臺北市政府建築管理處（下稱建管處）持續列管此建案，利用不知情之建管處承辦人王德全在該會勘紀錄，記載：「經建築師說明已按照新工處核准圖說施工完成、8 公尺以下道路新工處同意接管，並由區公所維護管理」等不實事項，足生損害於建管處核發使用執照之正確性，並使展旭公司憑此不實會勘紀錄而於103年（起訴書誤為「同年」，即102年，應予更正）3月3日取得使用執照及獲取減省2 次施工、應施作而完全未施作之100.95平方公尺路損修復部分所需支付之11萬7201.825元（252.6＊331.5元+100.95＊331.5元）的不法利益（嗣林家進於前揭會勘後，僅於103年1月11日，就該路段151.65平方公尺部分為銑刨（鋪）之施作）。因認被告此部分涉犯貪污治罪條例6 條第1項第4款對於主管、監督事務，明知違背法令而直接圖利他人並使其獲得不法利益罪嫌，及利用不知情公務員而犯刑法第213 條公務員登載不實文書罪嫌云云。

二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又

不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項前段分別定有明文。再按事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，為裁判基礎（最高法院40年台上字第86號判例意旨參照）。且認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在而無從使事實審法院得有罪之確信時，即應由法院為諭知被告無罪之判決（最高法院76年台上字第4986號判例意旨參照）。

三、公訴意旨以被告涉犯前揭罪嫌，無非係以：

㈠張偉森行建案部分：

被告之供述、證人林家進、林銘勇、陳瑛哲、蔡漢鳴之證述、臺北市建築物施工中維護公共設施管理要點附件二、建築物施工業主負責維護公共設施範圍示意圖編號2 、臺北市道路挖掘施工維護管理要點、新工處北市工新養字第10366050000 號函文檢附建築物施工期間繪測建商路面修復位置示意圖、路損範圍圖、台電北北區處BO220431B-0000000、BO220437B-0000000案工程交辦單、路面銑鋪簡圖、外線設計圖、施工資料、公共工程監工日報表、核算明細表及馳原公司103 年1、3月份請款明細表、施工面積圖、103年3月4日至6日、3月7日、10日蔡漢鳴與被告、林家進間之通訊監察譯文、馳原公司103 年3月7日簽發面額14萬7000元予張偉森行之發票、請款明細為其主要論據。

㈡徐吳花子建案部分：

被告之供述、證人林家進、許振榮、蔡漢鳴、林裕發、王德全之證述、臺北市建築物施工中維護公共設施管理要點附件二、建築物施工業主負責維護公共設施範圍示意圖編號5 、徐吳花子建案參考位置圖、新工處新養字第10366050000 號函文檢附「徐吳花子建案- 建築物施工期間公共設施維護範

圍」現地測繪圖、徐吳花子建案路損範圍圖、新工處北市新掘字第000000000 至000000000 號挖掘許可證及建管處北市都建施字第10362714600 號函文檢附竣工會勘紀錄、台電北北區處BO220373B-00000000案徐吳花子建案路面刨除加鋪施工前之103年1月9日照片、台電北北區處BO220373B-00000000 案工程交辦單及路面銑鋪簡圖、核算明細表、馳原公司對駿慧公司所發請款明細、102年12月16日、25日、27日、103年1月2日、8日、2月19日被告阮福田、林家進、證人許振榮、蔡漢鳴間通訊監察譯文為其主要論據。

四、訊據被告堅詞否認上開犯行，分別辯述如下：

㈠張偉森行建案部分：

被告固坦承有就本案路損施工報價事宜居中為工地主任陳瑛哲、林家進等人聯繫等情（見原審卷三第344 至346 頁、第357 頁），惟堅決否認涉有上開犯行，辯稱：新憶公司弄好後，因水溝過高，我叫他們降低，這樣才不會所有的水都流到人家對面去，新憶公司的人問可否一次施工，我說原則上同意他們跟台電一次施工，我只是協助他們做好，並無圖利的意思，我只是想一次全部修補比較完整便民，而且本件會勘並非我去，是蔡百一去會勘等語（見審訴卷第42頁、原審卷三第350至351頁）。辯護人為其辯稱：1.臺北市道路挖掘施工維護管理要點係針對「挖管工程」，為挖管後回復路面之規範，與本件起訴「建損道路損壞」路面維護係屬二事，並非建損維護應遵循之法令。2.依臺北市建築物施工中維護公共設施管理要點並未規定建築物業主對於建築物前後20公尺範圍內，若另有其他挖掘工程造成路損且範圍重疊時，公務部門及各相關業者在便民考量下不可為「一次性修復」，而必須進行「第2次施工」，況臺北市政府工務局新工處105年8 月17日新聞稿並揭示「避免道路重複挖掘滋生民怨、整合道路工程」之政策目標，只要路面有依規定鋪平鋪順修復完成即可，被告基此整合挖管工程與建損修復工程，使建商無須為「第2 次施工」，並未違反「維護公共設施管理要點

」及相關法令，縱令建商減省「第2次施工」費用亦非不法利益。3.又依建築法第68條第2項及該法所授權之子法「臺北市建築物施工中維護公共設施管理要點」規定，承造人對於「建築物前後20公尺」道路係維護範圍，若有因施工損壞部分應為修復即可。4.會勘因施工導致之道路損壞銑刨（鋪）工程業務，並非被告主管或監督事務，無論建商是否獲有不法利益，亦非被告得以左右，況本件新工處之會勘人員係蔡百一，被告並未指示或要求蔡百一必須在未為第2次銑鋪之情況下，仍須會勘通過。

㈡徐吳花子建案部分：

訊據被告固坦承於102年12月24日有到場參與會勘並在會勘紀錄上簽名等情，惟堅決否認涉有上開犯行，辯稱：那天我去會勘只是針對水溝蓋會勘，不是針對路面，那天會勘時，設計師一直在講水溝蓋的問題，因當時道路只有簡易鋪面而已，還沒有鋪柏油，我們不可能針對路面會勘，所以那天我們只是針對水溝蓋的問題會勘，路面的部分我有叫他們鋪好再叫我們來會勘，或是傳照片給我們看，到1月份時廠商有打電話過來我們這邊，我們一樣是找區公所過去看，我並沒有圖利誰，大部分我們會勘建管處都會叫我們先簽名，那天會勘我也是先簽名，王德全並沒有在會勘當時寫紀錄，他是回去寫好了才再寄給我們，但本件會勘紀錄的公文最後是蔡百一收的，所以我並不知道後來情形等語（見審訴卷第42頁、原審卷三第352至353頁）。辯護人為其辯稱：1.102年12月24日會勘內容僅為「排水溝竣工」，並未包含道路竣工會勘，會勘結論欄係被告就排水溝部分簽名，由林家進與蔡漢銘監聽譯文可知被告在會勘後認定還會再辦理建損道路會勘，可見被告並無故意登載不實之犯意。2.證人李詩茜證述可知辦理排水溝跟道路會勘時同時要求水利科跟新工處到場，已說明不必然是「道路竣工」會勘，有可能是與道路「挖掘」有關，又或是「排水溝竣工需要新工處就相連之道路調整問題會勘表示意見」之情形。3.被告職務範圍僅為道路巡視

，核發使用執照為建管處職權，非由被告主導或監督，建管處為核發使用執照前會勘業務之主辦機關，並要求相關單位到場，對於會勘過程居主導地位，且須按事實履勘記載在會勘紀錄，具實質審查權，王德全當日為記錄人，未如實記載會勘人員意見為排水溝蓋不符之部分，不能苛責被告，被告亦不能預料王德全誤認當日為道路會勘通過而未如實記載，何能利用王德全之怠職設計本次會勘通過。且申請使用執照到核發期間長達數月，縱不用再查驗路損維護情形，但也不是即刻核發，建管處仍須就該建案是否符合標準為實質審查，若不符合即有權不予核發，非能將新工處施工階段審核權限問題擴及至最後使用執照核發階段審核權。4.縱會勘內容包含建損道路會勘，然本件路損業經銑鋪完成，依建管處會勘之便宜行政措施，在建築使用執照核發前已補正，符合使用執照核發標準，建商並未獲得減省銑鋪工程或不應取得使用執照卻取得之不法利益，未損害使用執照核發之正確性。

五、經查：

㈠張偉森行建案部分

1.上開參一㈠之客觀事實，為被告所坦承（見廉查肅卷一第73頁正反面、原審卷一第155 頁、卷三第344至346頁、第357 頁），且有林家進（見廉查肅卷一第101 頁反面、第104至105頁、他字卷二第148頁、第153頁、第160至162頁、偵7723號卷四第3 至4 頁、原審卷一第257至259頁、第263至278頁）、林銘勇（見廉查肅卷一第2 頁反面、他字卷第5至6頁、原審卷三第104至116頁）、陳瑛哲（見廉查肅卷一第6 頁、卷二第3至4頁、他字卷二第11至16頁、偵7723號卷二第159 至161 頁、第189頁、原審卷二第325至356 頁）、蔡漢鳴（見廉查肅卷一第21至22頁、偵7723號卷三第66頁、廉查肅卷四第4至5頁、他字卷二第201頁、偵7723號卷三第67頁反面、原審卷二第11至12頁、第17頁、第20頁、第24至25頁）之證述在卷可稽，並有台電北北區處BO220431B-0000000、BO220437B-211059案工程交辦

單、路面銑鋪簡圖、外線設計圖、施工資料、公共工程監工日報表、核算明細表、馳原公司103年1、3月份請款明細表、施工面積圖、蔡漢鳴與被告、林家進等人間於103年3月4日至6日、3月7日、10日之通訊監察譯文、馳原公司103年3月7日簽發面額14萬7000元予張偉森行之發票、請款明細等件可佐（見廉查肅卷一第59頁、第64至66頁、第117頁、第236至237頁、第241至242頁、卷二第55頁、卷三第18至19頁、第25至26頁、第53頁、第65至66頁、卷四第316至321頁、卷六第11頁、第14至21頁、第204頁反面、偵7723號卷三第81頁、第86至87頁、第250頁、卷四第18頁、第24頁），此部分事實，固堪認定。

2.茲有疑義者在於，公訴意旨認被告「對於主管或監督之事務」有違背建築法第68條、臺北市建築物施工中維護公共設施管理要點第3至7點、臺北市道路挖掘管理自治條例、臺北市道路挖掘施工維護管理要點等規定（見原審卷一第149 頁補充理由書），乃屬違背法令之行為。然查：臺北市道路挖掘管理自治條例、臺北市道路挖掘施工維護管理要點等，均係針對「道路挖掘」之施工管理維護事項之規定，本案係建物施工期間造成路損之修復，與道路挖掘施工無涉，非屬上開規定範疇。且依建築法第68條，以及該條授權制訂、106年3月29日修正發布前之「臺北市建築物施工中維護公共設施管理要點」第3至7點規定，僅課予建築物承造人在建築物施工中，就損及道路等公共設施造成損壞部分負修復之義務，並未就上開建物路損範圍若與其他挖掘工程之修復範圍重疊時，規定不可為「1 次性修復」，而必須就重疊範圍再次銑刨加鋪而為「第2 次施工」。倘非如是，無異要建築物承造人先「破壞」已修復完成之公共設施，再為第2 次修復，實屬資源浪費且為擾民之舉，要非上開規範維護公共設施之立法目的，公訴人所執應第2 次施工之理由，顯非可採。從而新憶公司在與台電北北區營業處配電工程路損範圍修復之重疊範圍內未再進

行第2次施工，難認有何違反上開建築法第68條或106年3月29日修正前臺北市建築物施工中維護公共設施管理要點規定之情形，公訴人認被告違背上開法令而有圖利新憶公司獲得免於第2次施工之不法利益，即有未合。

3.再依證人蔡漢鳴、被告與林家進間通訊監察譯文顯示，最初係蔡漢鳴於103年2月28日致電林家進，表示行義路154巷要做建損，林家進回覆其星期一再過去看後，於同年3月3日回電蔡漢鳴，討論行義路斜度道路鋪設問題，林家進於電話中表示需請新工處看過後再討論，蔡漢鳴旋於同年月4日致電被告，詢問該處道路兩邊有落差之柏油鋪設問題，請被告到現場查看，若可處理才要聯絡林家進去鋪設，其後，被告乃致電林家進討論現場道路高低落差之施工問題，被告表示須將水溝高度降低，並詢以「他降下去你做大概要多少錢」、「明天早上你去給他量一量看多少錢，你跟我講」等語，再轉知蔡漢鳴，有上開通訊監察譯文可稽（見偵7723號卷三第92至95頁），核與蔡漢鳴所證：在行義路施作的工班師傅下班後回來告訴我，銑鋪前台新建設的建商找他，我依所留電話找建商一同約往現場查看，建商人員在現場請我就鄰近建案道路進行銑鋪，我比較希望工程不要2次施工，駿慧公司承作台電公司於行義路154巷挖掘工程道路銑鋪範圍，與台新公司建損道路銑鋪範圍重疊，所以這部分建商不需要再行銑鋪，陳瑛哲問我可不可以順便做他那一段，我請林家進與陳瑛哲聯繫，因為該處新建房子比對面房子高一個水溝蓋，鋪起來高度是斜的，當時我跟建商說這個建損做起來到時候會有問題，我就打電話給被告講這個狀況，想要建商建損做一次就通過，不要到時候做了不過再一直做，找被告的原因是因為希望建損一次可以做好，因為被告比較知道這方面的相關規定等語相符（見廉查肅卷一第21、22頁、偵7723號卷三第67頁反面、原審卷二第11至12頁、第17頁、第20頁）。則由上開通聯過程及蔡漢鳴之證詞，可知蔡漢鳴係因現

場道路高低落差有施工問題，為免錯誤施工造成浪費，乃向管轄之承辦公務員即被告諮詢施工規定及內容，被告始涉入聯繫，且施作之價額既係由林家進決定，實不能僅以被告在向業主確認施工方式之聯繫過程中一併代為告知廠商施作價額，即認被告有公訴意旨所指居於銑刨業者之地位與業者議價之事實。

4.證人陳瑛哲證稱：當時台電在我工區前面有挖掘地下管線，一般他們有挖掘的部分，我們不會發包，因為台電會復原那一段的路面，所以我們都是等到台電將路面復原後，我們再往後銜接，也就是我們只要做台電沒有復原到的部分，可以節省公司成本，台電施作的部分是行義路154巷1號至11號，我要做的部分是11號至13號。我們申請申挖證明瓦斯、電力、自來水、電信、污水等5 大管線，挖掘完都有鋪築的費用包含在裡面，我錢已經給台電，應該由台電負責銑鋪並支付相關費用，今年過年前BC段台電已經鋪過一次，AC段是過年後台電做的，BC段因為後來我有做水溝工程有再破壞過，所以我支付的費用是BC段的銑鋪費用，我看告示牌上的電話打電話給台電的包商駿慧公司，是林銘勇告訴我可將建損案件銑鋪和台電的銑鋪一併施工，我因此決定只要做11號到13號的部分等語（見廉查肅卷一第6 頁、卷二第3、4頁、他字卷二第3至4頁、第6至7頁、第11至16頁、偵7723號卷二第159至161頁、第189 頁、原審卷二第325至356頁）；核與證人林銘勇所證：此案陳瑛哲曾找我鋪設柏油，但因我另有其他工程，所以沒有接，陳瑛哲說現場有台電在挖管線，我回說可以找台電的廠商一起做，陳瑛哲就去看台電告示牌上廠商名稱，要求我協助找聯絡電話與對方聯繫，我就請女兒上網搜尋該公司電話，我打過去詢問行義路那個路段現在有建案要銑鋪，他們當時也在那邊開挖馬路，是否可以跟他們一起施作，結果該公司人員說可以，給我一個手機號碼，我有打電話過去說明建案現場狀況水溝太高會修改降低，請對方估價，

後來對方同意，我就把電話轉給陳瑛哲讓他自行聯絡該廠商等語相符（見廉查肅卷一第2頁反面、他字卷二第5至6頁，原審卷三第104至116頁）。足認係陳瑛哲經林銘勇提議後決定新憶公司僅施作11號至13號前方道路銑刨復原路面工程，不就與台電挖管工程重疊之同路段9號至11號道路損害部分第2次施工，實非出於被告之指示或與被告之合意。況係由蔡百一而非被告前往參與路損會勘，且會勘結果確認路損均已修復，並無應修復而未修復之情形，有臺北市政府工務局建築管理處（下稱建管處）函覆之會勘紀錄及接管紀錄表在卷可稽（見廉查肅卷二第61頁、卷三第39至41頁），難認被告有何圖利之犯行。

㈡徐吳花子建案部分：

1.上開參一㈡之客觀事實，以及經建管處通知於102年12月24日一同前往建案現場會勘之單位包括新工處、水利工程處、環境保護局、士林區公所、徐吳花子、展旭公司、建築師，嗣展旭公司僅於103年1月11日就該路段位於小西街部分路段151.65平方公尺部分為銑刨（鋪）施作，其餘路損部分悉由台電北北區營業處挖管工程修復等事實，業據被告坦承在卷（見廉查肅卷二第34至36頁、偵7723號卷三第230頁、第286頁反面至第287頁、審訴卷第42頁、原審卷三第352至353頁），且據證人林家進（見廉查肅卷三第8至10頁、偵7723號卷四第8頁反面至第9頁反面、原審卷一第289至310頁）、許振榮（見廉查肅卷二第178頁反面、第180至181頁反面、第195頁、偵7723號卷二第129至131頁、第146頁、第155頁、原審卷二第105至147頁）、蔡漢鳴（見原審卷二第21至23頁）、臺北市士林區公所經濟建設課課員林裕發（見廉查肅卷五第107至108頁、偵7723號卷五第296至297頁、原審卷二第65至77頁）、建管處施工科工程員王德全（見原審卷二第178至218頁）之證述可稽，並有徐吳花子建案參考位置圖、新工處新養字第10366050000號函文檢附「徐吳花子建案－建築物施工期

間公共設施維護範圍」現地測繪圖、徐吳花子建案路損範圍圖、新工處北市新掘字第000000000至000000000號挖掘許可證及建管處北市都建施字第10362714600 號函文檢附竣工會勘紀錄、台電北北區處BO220373B-00000000案徐吳花子建案路面刨除加鋪施工前之103 年1月9日照片、台電北北區處BO220373B-00000000案工程交辦單及路面銑鋪簡圖、核算明細表、馳原公司對駿慧公司所發請款明細、102年12月16日、25日、27日、103年1月2日、8日、2月19日被告、林家進、許振榮、蔡漢鳴間通訊監察譯文等件可佐（見廉查肅卷二第73至74頁、卷三第65至66頁、第69頁、第97頁、卷四第78頁、卷六第32頁、第34頁、第53至54頁、第56至60頁、偵7723號卷一第125至129頁），此部分事實，固堪認定。

2.依當日亦前往會勘之臺北市士林區公所經濟建設課課員林裕發證稱：當初通知我時以為只做排水溝竣工會勘，印象中只有做排水溝查驗，確實沒看道路，會勘目的是排水溝，我還特地問廠商道路為何不辦竣工，廠商表示不清楚，那天都是看排水溝部分，被告當天並沒有說路損有符合規定，因為會勘當天，道路還沒復原，當天我還跟建管處的承辦王德全說水溝蓋不符合，但當天沒有寫會勘結論，通常我們會勘的建案都會提出很多意見，會叫建商缺失改善，但建管處仍會以會勘當天的時間來寫會勘紀錄，也就是會勘當天到現場即便有看到缺失也不會如實記載在會勘紀錄上，而是事後改善完畢後，才會做記載，記載的時間仍會是初次的會勘時間，向來建管處的紀錄都是這樣記載的，辦理會勘是建管處的權責，我們只是配合單位，是由建管處列管等語（見廉查肅卷五第107至108頁、偵7723號卷五第296至297頁、原審卷二第65頁、第66至69頁、第73至77頁）。觀諸當天會勘紀錄附件之光碟資料，均係針對溝渠攝影，業經法院勘驗無訛，有勘驗筆錄及內容列印畫面照片資料在卷可稽（見原審卷三第10至13頁、第15至91頁

），且觀諸該會勘紀錄之附件照片，其附件標示名稱均係「101建字第0005號-小西街『公共水溝』」（見原審卷二第235至242頁）；會勘後，林家進與蔡漢鳴於102 年12月27日之電話內容中提及路面部分，被告有說要再辦會勘、有說要紀錄之對話，有彼等間通訊監察譯文在卷可按（見偵7723號卷一第125 頁至反面）。且蔡漢鳴於審理時證實其確有在會勘後之102年1月25日與林家進電話聯繫小西街要整合銑刨、102 年12月27日電話中林家進提及被告說要再辦道路會勘之情形等語（見原審卷二第21至23頁）。足見被告所辯：那天我去會勘只是針對水溝蓋會勘，不是針對路面，那天會勘時，設計師一直在講水溝蓋問題，因道路只是簡易鋪面而已，不可能針對路面會勘，那天我們是針對水溝蓋問題會勘，路面部分我有叫他們鋪好再叫我們來會勘等語（見原審卷三第352至353頁），尚非無據。該次會勘既非針對道路，自無公訴意旨所指「未要求展旭公司許振榮需對該等路損道路全部即252.6 平方公尺完成銑刨（鋪），始得辦理會勘，更未將此等情形知會臺北市政府建管處持續列管此建案」之情形可言。

3.證人林裕發前開證稱王德全未於會勘當場填載結論，僅由到場之人先簽名，王德全再回去製作會勘紀錄一節，核與許振榮證稱之：當下就是每個人來先點名，看誰有出席，會簽名等語（見原審卷二第147 頁）。且證人即新工處另一承辦人蔡百一亦證稱：會勘簽名時，結論處確有可能是空白還沒填寫等語（見原審卷二第58、62頁）。對照王德全於審理時，對於所詢「在現場簽名時，會勘紀錄上的結論是否已經做出來」之問題，竟推稱「忘記了」（見原審卷二第177頁、第210頁），或改稱「忘記當天有沒有簽名」，又稱「如果第一次他們看到有一點點缺失，他們會再去看第二次，如果第二次沒有問題，他們就會簽名，簽名以後，建管處就會發會勘紀錄」（見原審卷二第196 頁），或稱「由不通過的單位自己去看，然後在會勘單簽名即

可，有可能是廠商拿給權責單位簽名，會勘紀錄表放在工地，他們複查完，就在工地現場簽名」（見原審卷二第197至198頁）、「有可能是被告所述的狀況，這些都是制式的」等語（見原審卷二第217至218頁），支吾其詞，翻覆不一，可見被告所辯：會勘當天並未填載會勘紀錄，僅係先簽名，由王德全回去後再填載會勘紀錄等語，應非虛妄之詞。而依王德全證稱：其係因認被告未表示意見，乃按制式內容填載會勘結論等語（見原審卷二第178 頁），則被告既於王德全登載會勘結論前簽名，又無證據證明其有指示王德全應於會勘後為如何之記載，焉能以王德全事後登載不實之會勘結論之結果，逕認係被告刻意利用王德全所為。且互核林裕發、許振榮、王德全上開證詞，以及另到場參與會勘之臺北市政府工務局水利工程處雨水下水道工程科科員李詩茜證稱，其當天另有一處會勘，事後方到本建案現場，其他人已經看完，其只針對水利處部分做完檢查後告知建管處與廠商他們的缺失，之後其就離開，且當時有一個自治條例剛通過，需要再繳查驗費，當時廠商還未繳納，故有跟建管處說待他們繳交查驗費，拿收據後其再簽名，簽名時，會勘結論的內容應該還沒有做成，其不記得了等語（見原審卷二第277至281頁）。足見王德全會勘紀錄之製作，確實有先讓參與會勘之人士簽名後，再由王德全事後記載、或待缺失改正後再由相關會勘人事後補正簽名之行政上便宜措施之情形，自不能以被告有事先簽名之情形，即認被告必有不實登載之犯意。況被告於簽名當時既以為針對排水溝會勘，就王德全不實填載道路之結論部分是否「明知」一節，實非無疑，難認構成刑法第213 條公務員「明知」為不實事項登載於職務上所掌之公文書罪。至王德全雖事後於103 年1月8日將會勘紀錄函知新工處，然係於同年月9 日由蔡百一收受，此有上開函文上記載蔡百一簽收情形在卷可徵（見廉查肅卷三第70至71頁），蔡百一復到庭證稱其並未將該會勘紀錄拿給被告

確認等語明確（見原審卷二第44頁），是亦無從認為被告已然知悉不實登載之事，遑論進而認定被告有藉此不實登載，使展旭公司據以於同年3月3日取得使用執照及獲取減省2次施工、應施作而完全未施作之100.95 平方公尺路損修復部分所需支付金錢之不法利益可言。

4.再者，依證人許振榮證稱之：我當時有分別跟5 大管線的公司聯絡過，除台電外的其他4 大管線還在施作，我想一併施作銑鋪，希望可以整合，不要鋪那麼多次，但都得不到答案，後來林家進跟我接觸，說他是台電的配合商，1月份銑鋪完成後照片有送到建管處，使用執照是3 月份才核發下來，新工處沒人跟我講過路損範圍，路損接洽過程，是我自己跟林家進談，路損範圍是區公所指界，新工處沒人來找過我，會勘是建管處主辦，因為路損是建照執照列管事項等語（見廉查肅卷二第180頁至反面、第195頁、偵7723號卷二第129至131頁、第146頁、第155頁、見原審卷二第107 頁）；核與證人林家進證述：該建案路損範圍與台電銑鋪範圍重疊，因為台電剛好做到他們工地前面路損那塊，挖到中間的部分有簡易回填，但台電之後還是要全面銑鋪，所以中間部分本來就應該向台電請款，我直接打電話去問許振榮並明確提到中間路損那塊因為台電有管線挖掘可由台電出錢，許振榮只要負責前後路損部分，我的出發點是我可以鋪整條，中間這塊我可以跟駿慧請款，許振榮可以省掉這塊路損費用，實際付款前後路損範圍銑鋪費用即可等語相符（見廉查肅卷三第8至10頁、偵7723號卷四第8頁反面至第9頁反面、原審卷一第289至310頁）。可見展旭公司許振榮與林家進討論後才決定僅施作小西街前方151.65平方公尺之道路銑刨復原路面工程，而未就與台電挖管道路損害重疊範圍部分施工。再細酌本案相關之通訊監察譯文內容（見偵7723號卷一第125至129頁），俱無被告就本案應施作之銑刨範圍有如何之聯繫或指示，難認被告就此有與何人合意或給予指示、參與之作為，實

無從認定其有何圖利之行為甚明。

六、綜上所述，依檢察官所舉證據及卷內資料調查結果，仍未能獲得被告成立犯罪之確切心證，並有合理之懷疑存在，致無從形成被告有上揭公訴意旨所指圖利、利用不知情公務員而犯公務員登載不實犯行之確信，依照首開說明，此部分自應均為被告無罪之諭知。

肆、維持原判決及駁回檢察官上訴之理由：

原審認被告利用職務上之機會詐取財物罪犯行罪證明確，且因所得財物係4 萬元，又於偵查中自白犯行並已自動繳交全部犯罪所得財物，因此適用貪污治罪條例第5 條第1項第2款、第8條第2項前段、第12條第1 項、第17條，刑法第2條第2項、第11條前段、第37條第2項、第3項、第38條之1第1項規定，並審酌被告雖無前科，然身為公務部門之人員，本當謹守分際，恪遵職守，卻因一時貪念而利用職務上之機會向一般民眾詐取財物，所為影響國家公務機關之廉能形象，誠屬不該，惟犯後尚能繳交詐得財物，兼衡其於偵查及審理時均坦承犯行，衡酌被告自承為初中畢業之智識程度、本案發生後已退休、現無業、與家人同住等一切情狀，量處被告有期徒刑1年9月、褫奪公權2 年，顯已斟酌刑法第57條各款事由，並基於刑罰目的性之考量、刑事政策之取向以及行為人刑罰感受力之衡量等因素而為刑之量定，並就犯罪所得4 萬元宣告不予追徵，惟仍應沒收；另就陳楚然建案附近道路損壞修復銑刨（鋪）被訴涉有貪污治罪條例第6 條第1項第4款部分，不另為無罪之諭知，暨就其餘被訴部分為無罪之諭知，均詳細說明證據取捨之依據及認定之理由，核其認事用法均無違誤，有罪部分之量刑亦無不當，並未逾越法定刑度，客觀上亦無裁量權濫用，顯失衡平之情事，是應予維持。檢察官上訴指摘原審判決諭知被告有罪部分量刑過輕，無罪部分有所違誤，以及被告上訴認為原審量刑應予緩刑，均無理由，俱應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368 條，判決如主文。

本案經檢察官蔡啟文提起公訴，檢察官薛雯文提起上訴，檢察官郭景銘到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　31　　日

刑事第二十一庭審判長法　官　江振義

法　官　許文章

法　官　黃玉婷

以上正本證明與原本無異。

無罪部分被告不得上訴。

有罪部分，如不服本判決，應於收受送達後10日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」，但無罪部分檢察官如不服本判決，上訴須符合刑事妥速審判法第9條之規定。

刑事妥速審判法第9條：

除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：

一、判決所適用之法令牴觸憲法。

二、判決違背司法院解釋。

三、判決違背判例。

刑事訴訟法第 377 條至第 379 條、第 393 條第 1 款之規定，於前項案件之審理，不適用之。

書記官　傅國軒

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　31　　日

附錄本案論罪科刑法條：

貪污治罪條例第5條

有下列行為之一者，處 7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 6 千萬元以下罰金：

一、意圖得利，擅提或截留公款或違背法令收募稅捐或公債者。

二、利用職務上之機會，以詐術使人將本人之物或第三人之物交付者。

三、對於職務上之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益

者。

前項第 1 款及第 2 款之未遂犯罰之。