

調 查 報 告

壹、案由：據訴，最高法院等歷審法院審理 102 年度台上字第 4334 號渠被訴違反貪污治罪條例案件，判決涉有不公，嚴重損及權益等情乙案。

貳、調查意見：

據訴，最高法院等歷審法院審理 102 年度台上字第 4334 號渠被訴違反貪污治罪條例案件，判決涉有不公，嚴重損及權益等情乙案，經向臺灣士林地方法院檢察署調閱該署 94 年度偵字第 1900 號、第 3471 號、第 5457 號、第 7956 號、96 年度偵字第 10227 號等案件之偵審案件全卷，詳予研閱，業已調查竣事。茲臚陳調查意見如下：

一、原確定判決認定陳訴人犯對主管事務圖利等罪，係綜合各項卷內證據資料而為論斷，已詳敘其得心證之理由，並就陳訴人所辯各節予以指駁，尚難認有判決違背法令之情事：

(一)依刑事訴訟法第 310 條規定，有罪之判決書，應於理由內記載：認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由、對於被告有利之證據不採納者，其理由等事項。次按「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」為同法第 155 條第 1 項所明定。又證據之證明力由法院自由判斷之，為修正前刑事訴訟法第 269 條（現行法第 155 條）所明定，此項自由判斷職權之行使，苟係基於普通日常生活之經驗，而非違背客觀上應認為確實之定則者，即屬合於經驗法則，不容當事人任意指摘（最高法院 30 年度上字第 597 號判例參照）。另查「證據之取捨與證據之證明力如何，均屬事

實審法院得自由裁量、判斷之職權，苟其裁量、判斷，並不悖乎證據法則，且已於判決內論敘其何以作此判斷之心證理由者，即不得任意指摘其為違法。」亦經最高法院 92 年度台上字第 893 號著有判例在案。

- (二)本件臺灣高等法院 101 年度重上更(一)字第 110 號判決(下稱原確定判決)認定陳訴人於擔任葫蘆國小校長任內，利用辦理該校「91 年度中央球場整修工程」之機會，於系爭工程已於 92 年 1 月 23 日報請完工驗收後，為包庇承商興濃公司(實際由廖○吉負責施工)就「PU 走道」部分未依約施作之缺失，乃由擔任該工程設計、監造之邱○○以其建築師事務所名義，於 92 年 4 月間先後兩次出具 92 年洋字第 014 號函給葫蘆國小，略稱：「有關前開中央球場整修工程之 PU 走道施工部分，現場經拆除開挖後，基礎除部分龜裂外，其餘部分尚屬良好，擬將 PU 走道施工項目，損壞部分依圖施作，其餘完好之基礎部分僅做 PU 面層施作……」等語。其中第一份 014 號函由葫蘆國小事務組長張○慧收受後層轉該校總務主任梁○○簽註：「依工程合約第 34 條減價收受，關於工料不合規定時，按工料差額扣減並處以扣減額 5 倍違約金，但 5 倍違約金加扣減額不得超過詳細表(按即「廠商投標詳細表」)該項金額，故為 13 萬 2 千元」等語，嗣陳訴人未予核可，竟指示張○慧重新簽請同意變更契約，以替代原先梁○○簽擬之減價收受及處以違約金方案，爰復由張○慧依據陳訴人之指示在第二份 014 號函簽註：「擬依工程施工作業程序第 16 條地下物情況變異做契約變更處理，並請建築師送變更設計總表、變更設計詳細表」等語，送請梁○○及陳訴人核可後，

再據以出具以葫蘆國小名義函覆邱○○之北市葫小總字第 09230027301 號函文，略稱：「經查本校中央球場 PU 走道施工部分，貴建築師認為開挖後尚屬良好，擬變更設計，本校無異議」等語（上開前後兩份 014 號函以及葫蘆國小第 09230027301 號函之發文日期均倒填為 92 年 1 月 20 日，俾與廖○吉申報完工，請求葫蘆國小驗收前之施工時間相呼應），遂使興濃公司因此獲得免於依上開工程合約第 34 條約定支付 7 萬 8517 元違約金之不法利益，陳訴人確有圖利承包廠商興濃公司行為，與行使公務員登載不實文書等之犯罪事實，係根據卷內所存各項證據資料，綜合加以論斷。理由略如下：

- 1、本件「葫蘆國小 91 年度中央球場工程」係由興濃公司得標，惟實際由借用該公司名義投標之廖○吉負責施工，而上開工程依工程施工圖說、廠商投標詳細表、廠商單價分析表及工程合約規定，就「地坪拆除及廢土棄運」部分，應開挖 10 公分後再行整平，就「壓克力彩色樹脂」部分，應先以 1 公分碎石壓滾夯實，打上 10 公分瀝青，再鋪上一級瀝青作為面層，就「PU 各層施工」部分，則應先鋪設 1.4 點鍍銅絲網，以 1 公分碎石壓滾夯實，再鋪設 200 PSI 混凝土，其上做整體水泥粉，之後做 PU 一底三度（有關上開施工範圍、施工工法部分，另詳如後述），開挖面積為中央球場及 PU 走道全部，至遲應於 92 年 1 月 27 日完工，惟廖○吉並未依前開施工規定開挖地坪，僅將葫蘆國小中央球場及走道面層上原有的瀝青及 PU 刮除，重新鋪設瀝青及 PU 即施工完成，並據此於 92 年 1 月 23 日出具竣工報告，向葫蘆國小申請驗收，隨後由葫蘆國小先後於 92 年 2 月 10 日、2

月 19 日實施上開工程之初、複驗，並由廖○吉繳交保固書、保證金，然事後證人梁○○因認該工程有弊，不願付款，遂向教育局檢舉，教育局因此指派證人廖○中等人於 92 年 2 月 26 日會同廖○吉、同案被告邱○○、被告張○榮及證人梁○○到場會勘中央球場，廖○吉除於現場自承其確未依前述合約規定之施工方式施作外，並同意重新施工等事實，業經證人梁○○、廖○中分別於原審審理時證述在卷(見原審卷(四)第 60 至 68 頁)並有工程合約、竣工報告、施工照片、教育局會勘紀錄各一份在卷可稽(主程合約、竣工報告、施工照片外放，教育局會勘紀錄見市調處證據卷第 13 頁)。

- 2、本件工程合約雖未明文約定應開挖全部中央球場與 PU 走道，惟該工程合約附件之廠商投標詳細表第一項記載「地坪拆除及廢土運棄」之面積為 1858 平方公尺，經核即為詳細表第二項「壓克力彩色樹脂等施工」之面積 1594 平方公尺，與第三項「PU 走道等施工」的面積 264 平方公尺之二者總和(見市調處證據卷第 6 頁)，依此，已足認包商即廖○吉在施工時應以前述合約工法開挖全部中央球場及 PU 走道，且證人梁○○在原審審理時證稱：92 年 1 月 11 日興濃公司進場，跟伊接洽人為廖○吉，施工當天早上時他進場施工，因為當天是星期六，伊就回家。星期六開始施工，到了下個星期一上課，回到辦公室一看發現整個球場瀝青就已經全部鋪設完畢，顯然是在 2 天內就做完等語(見原審卷(四)第 60 頁)，且參酌前述教育局會勘結果，主要之中央球場工程僅刮除表面瀝青及 PU，再重新鋪設瀝青及 PU 而已(該次並未

會勘 PU 走道)，施作過程並非繁複，且幾如未做，衡情當無需數天工期之久，再依被告張○榮於該院本審審理時亦供稱：PU 走道部分因為經費不足，所以設計只有整修面層，但刮除面層時如發現基礎有損害的部分，就該部分要連基礎全部刮掉，重新施作，如果基礎沒有損壞，就僅整修面層等語(見該院更(一)卷(一)第 231 頁反面)，則證人梁○○上開證述，堪認屬實，被告張○榮辯稱本案施工期間約二至三個禮拜，不是梁○○說的只在 92 年 1 月 11 及 12 日施工云云，是否有據，已有可疑，亦見廖○吉並未依合約內容施作之情。依上所述，廖○吉並未依合約約定，開挖全部中央球場及 PU 走道，且係在 1 月 11 日始進場施工，工期僅有短短兩天，而廖○吉繳交之 92 年 1 月 2 日、4 日、5 日及 11 日共 4 份工程日報表(即附表二編號一至編號四所示之文書)，其上記載之工程進度、施工項目係虛構，又同案被告邱○○於上開工程施工時並未實地到場監工，其業務上應製作如附表二編號五至編號十一所示之監工日報表均係委由廖○吉填寫等情，亦據廖○吉、同案被告邱○○分別於原審審理時自承屬實，彼此互核相符，此外，並有上揭工程日報表、監工日報表在卷可查(市調處證據卷第 49 頁至第 59 頁)而同案被告邱○○並因先後多次將此等業務上登載不實文書持交葫蘆國小行使，而犯行使業務上登載不實文書罪，經該院前審判處罪刑確定，是此部分事實，應甚明確。

- 3、上開工程經教育局會勘後，由同案被告邱○○以倒填日期之方式，於 92 年 4 月 4 日至 4 月 18 日之間某日，以其建築師事務所名義，出具附表二

編號十二所示之第一份 014 號函給葫蘆國小，略稱「有關前開中央球場整修工程之 PU 走道施工部分，現場經拆除開挖後，基礎除部分龜裂外，其餘部分尚屬良好，擬將 PU 走道施工項目，損壞部分依圖施作，其餘完好之基礎部分僅做 PU 面層施作……」等語，並將發文日期倒填為 92 年 1 月 20 日，嗣該函經葫蘆國小事務組長張○慧收受後層轉證人梁○○簽註：「依工程合約第 34 條減價收受，關於工料不合規定時，按工料差額扣減並處以扣減額 5 倍違約金，但 5 倍違約金加扣減額不得超過詳細表該項金額，故為 13 萬 2 千元」等語，送請被告張○榮簽核，惟此後張○慧又再商請同案被告邱○○重新出具相同日期、內容之函文，並在第二份 014 號函文上簽註：「擬依工程施工作業程序第十六條地下物情況變異做契約變更處理，並請建築師送變更設計總表、變更設計詳細表」等語，送請證人梁○○、被告張○榮核可，復據此以葫蘆國小名義，同以倒填日期之方式，出具 92 年 1 月 20 日北市葫小總字第 09230027301 號函，略稱：「經查本校中央球場 PU 走道施工部分，貴建築師認為開挖後尚屬良好，擬變更設計，本校無異議」等語，於 92 年 4 月 18 日送交同案被告邱○○收受等事實，業據同案被告邱○○及張○慧分別於原審審理時供承屬實在卷，並有上揭兩份同案被告邱○○出具之第 014 號函文影本、葫蘆國小第 301 號函及其信封上郵局日期戳文、被告邱○○事務所之收文簿各乙份在卷可參（見臺灣士林地方法院檢察署 94 年度偵字第 1900 號卷第 18 頁、第 17 頁、第 1 頁、第 12 頁、第 15 頁）。而證人張○慧於原審審理時之證述，核

與證人梁○○於原審法院審理時所證稱內容大致相符。且參酌上開第 014 號函文確有兩份影本，而第一份函文上張○慧僅簽請核辦，證人梁○○則簽註應減價收受並予扣款等語，可知若非在證人梁○○簽註後，其上長官即被告張○榮另有其他意見，應不致抽回重辦，而證人梁○○更無將第一份 014 號函影印留存之必要，而依被告張○榮於該院本審審理時亦供稱確有在第二份 014 號函上倒填日期，且對照被告張○榮在第二份 014 號函上亦確實倒填批示日期為 92 年 1 月 20 日，顯見被告張○榮所辯僅係為「補程序」而將批示日期倒填等語是否事實，實有可疑，被告張○榮有心配合之意，甚為明顯。又被告張○榮一再辯稱有於 92 年 1 月 20 日曾就該工程 PU 走道施工部分進行會勘，而同案被告邱○○亦附和其詞，惟彼等均一致陳明無會勘紀錄，且迄查無其他證據足證該日確有會勘，倘該日確有會勘，業主校方或施工單位儘可補製作會勘紀錄，甚至張○慧於第 014 號函中載明「經 92 年 1 月 20 日會勘後……」，以資說明其倒填日期之正當性，而以本件工程竟先後簽擬不同內容意見之簽呈，已啟人疑竇，並再倒填日期，益見與常情相悖，況張○慧僅係葫蘆國小事務組長，倘若非經身為校長之被告張○榮指示，其又豈敢抽回原簽呈重新辦理，是張○慧所述係因被告張○榮指示，而抽回原簽呈重辦等語，應堪採信，被告張○榮就此所辯，殊難採信。

- 4、本件依相關工程合約顯示，PU 走道的施工，應全部開挖 10 公分後再行整平，鋪設 1.4 點鍍鋼絲網，並以 1 公分碎石壓滾夯實後，鋪設 200 PSI

混凝土，再做整體水泥粉，之後做 PU 一底三度，並至遲應於 92 年 1 月 27 日完工等情，已如前述，而依廖○吉檢附之竣工報告、興濃公司 92 年 6 月 11 日興(小)字第 920611 號函可知(均外放，未編頁)，其早於 92 年 1 月 23 日即認為全部工程均已完工，報請葫蘆國小驗收，此後興濃公司並於 92 年 2 月 20 日向臺北銀行繳納保固金，有存款回條在卷可查(見臺灣士林地方法院檢察署 93 年度他字第 1024 號卷(一)第 54 頁)，廖○吉於原審法院審理時亦供稱：92 年 2 月 19 日複驗後，伊有於 92 年 2 月 19 日去總務處繳保固金，依記載是 3 萬 1694 元，一般是驗收完畢才會繳保固金等語(見原審卷(三)第 276 頁)，顯然上開工程於 92 年 1 月 23 日廖○吉申請驗收時，即已進入驗收階段甚明，依此，上開工程在驗收階段發現瑕疵，至多亦僅能依工程合約第 34 條約定：「工程驗收時發現工程內容或乙方使用之材料，與規定不符，不影響其他構造物，而可拆除抽換者，乙方應即拆換，不得要求以扣款處理或延長工期，如不妨礙安全、美觀及使用需求，經乙方檢討並敘明拆換困難原因，送甲方審核，經同意可不拆換者，得以減價收受方式處理。其在查核金額以上之工程，應先報經甲方之上級機關核准；未達查核金額之工程，應經甲方核准；並依下列方式扣減及處罰違約金，但扣減數額及違約金合計總額不得逾契約詳細表所定該項金額：一、於尺寸不合規定時，按契約單價比例扣減，並處以扣減額 5 倍違約金。二、於工料不合規定時，按工料差額扣減，並處以扣減額 5 倍違約金」，而為減價收受，此與包商(即同案廖○吉)在施工過程中發現

現場的施工情況，與原先設計規劃不同，而取得業主(即葫蘆國小)與建築師(即被告邱○○)同意而變更工法甚至延長工期的情形完全不同，此同案被告邱○○在原審審理時經審判長質以：「該函文如未倒填日期，會有何後果」時，亦證稱：「依驗收規定，在完工前如發現現場現況有不需施作的情形，而與起初的設計是要施作發生差異，只要針對未施作部分扣減工程款就可以了，但如在完工後才發現，依照合約內容除了減價收受以外，還有罰款的問題。所以如果沒有倒填日期發文，本件就會發生除減價收受以外，尚須罰款的問題，但確實要依照學校和廠商的合約再確認」等語(見原審卷(三)第 246 頁)，是同案被告邱○○及張○慧二人分別以倒填日期之方式出具函文，即造成雙方早在施工期間已經合意變更契約，免除開挖 PU 走道做底之結果，已非驗收後因工程品質不佳，致需減價收受的問題，影響所及，葫蘆國小即不能依前述合約規定，向得標本案之興濃公司請求違約金，興濃公司因此獲得前述免予支付這約金之不法利益甚明。上開不法利益之計算，原應依扣減額之 5 倍計算，即「工程驗收結算證明書」減少金額欄列舉扣減之 5 萬 3483 元 5 倍金額(見市調處證據卷第 18 頁)，惟其數額已逾「廠商投標詳細表」第三項的總價 13 萬 2 千元(見市調處證據卷第 6 頁)，依上引合約第 34 條約定，僅能以該項詳細表總價減去前開扣款後之餘款計算，而為 7 萬 8517 元(因本件工程係以減價收受，故扣除未施工之 5 萬 3483 元工程款乃驗收減價之必然結果，無從免除)。

5、本件工程已經廖○吉報請驗收，進入施工完畢後

之驗收階段，若有違失，不論是否驗收通過，即僅餘減價收受、扣減違約金一途，並無變更契約通融之餘地，被告張○榮擔任葫蘆國小校長，主管相關工程發包、簽約、驗收等業務有年，對前述減價收受與變更契約的差異，當知之甚詳，否則，其當無捨證人梁○○簽註之減價收受方案，而指示張○慧改以變更契約方式處理之必要，而依前開教育局 92 年 2 月 26 日會勘紀錄顯示，被告張○榮於該次教育局遣人前來會勘時，亦在場參與會勘，對上開工程之施工狀況及會勘結論甚為清楚，證人梁○○並於原審法院審理時證稱：伊在 92 年 1 月 16 日就有請朋友打電話給校長，說本件有偷工減料的問題，結果隔半小時廖○吉就來找校長等語(見原審卷(四)第 80、81 頁)然被告張○榮對上開工程進度已達驗收階段一節，竟視而不見，反而在被告邱○○以倒填日期之方式去文葫蘆國小，要求同意變更設計時，指示張○慧同以倒填日期之方式出具函文，同意變更設計，顯係有意假借張○慧之手，製造雙方在施工期間即已合意變更契約，免除開挖 PU 走道做底之假象，得標廠商興濃公司因此獲得前述免繳違約金之不法利益，被告張○榮有圖利興濃公司之意，應可認定。茲查被告張○榮擔任葫蘆國小之校長，依其供承依照臺北市政府頒佈之「臺北市政府所屬各機關工程施工驗收作業程序」及「臺北市政府教育局 91 年度營繕工程單價編列標準」之規則，負責辦理本件工程之招標及施工等業務之處理，各該規則並均明定工程驗收如有發現未依契約約定施工時，應如何依雙方所簽訂之契約處理。茲本件工程之得標廠商興濃公司未依約施

工，被告張○榮竟未依證人梁○○就興濃公司與葫蘆國小因本件工程所簽訂之工程採購契約之規定，就興濃公司違反契約行為依約定減價收受及處以違約金，嗣竟另准以變更契約方式代之，使興濃公司因而獲得免於依上開工程契約之約定支付違約金，其違反上揭規定而圖利興濃公司之犯意甚明。

(三)至於陳訴人於訴訟程序中所主張之有利事證或提出證據以否認犯行之各項抗辯，何以不可採或不足為陳訴人有利之認定，亦經法院於原確定判決中加以論明：

- 1、就本件施工範圍而言，廖○吉雖供稱：伊是照施工圖樣製作的，本來就只要對損害的部分補強，不用全部開挖，沒有偷工減料云云，同案被告邱○○亦於原審法院審理時證稱：在操場旁邊和教室之間所有的 PU 走道都要鋪上一底三度的 PU，至於一底三度 PU 下面的部分，包含上開碎石、鋼絲網等部分，是只有 PU 走道基礎損壞的部分才需要如此作，(沒有損壞的部分)不用作 PU 基礎和球場基礎部分，只要作一底三度的 PU 和一底四度的壓克力云云(見原審卷(三)第 210 頁至第 211 頁)，且本件施工圖說上亦確實僅記載略稱「損壞部分—壓克力彩色樹脂施工剖面示意圖」、「損壞部分—PU 走道施工剖面示意圖」等語(見原審卷(一)第 151 頁)，惟查，同案被告邱○○於原審審理時另證稱：伊在作設計時，因當時並未實際挖開來確認損壞部分，所以當時工程設計時，是將整個 PU 走道和球場面積都算進去，只要是該區域基礎有損壞部分，就要照工程圖樣所載方式施作等語(見同上卷第 217 頁)，可見同案被告邱○○

自始在設計時即已預期要拆除全部球場與走道，否則工程設計前既未經開挖，從何知悉究何部分之基礎有損壞，如何編列設計之預算施工方法及金額？此證人柯振聰於該院審理時亦證稱：92年2月10日初驗時，伊有到PU走道勘察施工期間會勘PU走道基礎是否完好時所挖洞地點的復原情形，我們去勘察時兩個洞已經補好了，所以伊也不清楚PU走道的基礎好壞等語（見該院重上更（一）卷第105頁），若本件工程僅係面層整修，又何需挖洞勘察基礎是否完好。再者，依證人即葫蘆國小另案之建築師李承洋於原審法院審理時證稱：伊參與葫蘆國小十項工程的設計、監造，設計時我們會提供圖說、預算書、工程標單給校方，工程標單是把伊作的預算書關於價金部分全部空白，只剩下材料的項目和數量，讓學校可以在招標時公告讓廠商去填寫金額等語（見同上卷第160、161頁），可知前開廠商投標詳細表當係廖○吉所填寫，而依該詳細表所記載的施工面積計算，本件應係開挖中央球場與PU走道全部，則如前述，足認廖○吉在投標填寫詳細表時亦係以全部球場、走道的面積開挖計算，作為其報價基準，兩相對照，本件工程在投標時，不論發包之葫蘆國小或投標之廖○吉，對全部球場、走道面層均應開挖施工一節，均有清楚認知，並已藉前述投標文件達成意思一致，至為昭然，否則，若如廖○吉及同案被告邱○○所述本件PU走道部分僅需點狀開挖、修補即可，則事前同案被告邱○○既未現場勘查，計算應開挖之面積，投標廠商如何推估本件之施工期限、所需材料，據以計算工程款報價？至於施工圖說應僅為施工方式之要

求，不足採為認定應開挖面積之基礎，是故，廖○吉及同案被告邱○○上開所述本件 PU 走道部分不需全部實際開挖云云，要非附和被告張○榮之詞，並不足採。

- 2、至被告張○榮雖就本件工程施工範圍另辯稱：經比較教育局撥給葫蘆國小的工程預算，與該局 91 年度營繕工程單價編列標準可知，經費僅係整修費用，並非新建費用云云，意指本件 PU 走道確如廖○吉、邱○○所述無須全面開挖，僅需點狀修補即可，並提出教育局簡便行文表及上開編列標準為證（見原審卷（四）第 385 頁、第 386 頁背面），惟依教育局前述行文表所載，本件工程單價平均約每平方公尺 995.6 元，倘與前述編列標準表所載瀝青混凝土每平方公尺 1410 元，PU 材質每平方公尺 2076 元相較，尚未達球場新建之單價，然經費編列與工程發包雖有關連，惟究無必然關係，具體的個案工程費用，仍應視建築師規劃與招標、合約文件內容而定，至於其中是否有利可圖？則繫於投標廠商之個人盤算，難謂有一定標準，否則何需有廠商投標競爭的市場機制？而經原審函請行政院公共工程委員會鑑定本案廠商單價分析表所載工程單價，與 91 年 12 月間物價是否相當結果，據覆該得標價格因係公開招標，經過市場競爭機制之價格，難謂不合理等語（見原審卷的第 135 頁），依此項事證，當不足以佐證邱○○、廖○吉所述屬實，況正係因本案工程獲利不多甚至無利可圖，廖○吉方起意以低價搶標，事後偷工減料牟利，亦非不可能。該院前審再因被告張○榮之聲請，檢具本件工程施工說明書、詳細表、契約書、台北市政府教育局 91 年度營繕工

程單價編列標準、98 年 4 月 9 日葫小總字第 09830252200 號函附件 3 收入預算明細分類帳，函詢臺北市政府教育局查明：該筆款項係供葫蘆國小中央球場及走道連同基礎翻新重建之經費？抑或僅供局部整修之經費？經該局於 100 年 5 月 4 日以北市教工字第 10034672200 號函覆：「依貴院提供本案工程詳細表、契約書、預算明細分類帳等資料，有關本局 91 年度營繕工程單價編列標準係為新建或修建全面性改善之單價，申請單位則依其工項需求及特色調整後申請經費，先予敘明。申請經費核准後，申請單位委託設計監造依其標的物之現況及需求製作招標文件（例採購契約、投標需知、施工規範、工程詳細表、工程圖說…等），申請單位依相關規定上網招標，決標後承商需依契約文件及圖說施工，方符合契約精神及相關法令。」等語（見該院上訴卷第 79 頁），因本件申請單位依其工項需求及特色調整後所提上開資料，並未明示僅供局部整修，又依前揭工程合約附件之廠商投標詳細表第一項記載「地坪拆除及廢土運棄」面積為 1858 平方公尺，乃全部地坪面積，自非以有損壞之地坪面積自明，上開函示自不足為被告張○榮有利之論據。至被告張○榮所提卷附葫蘆國小 91 年度收入預算明細分類帳、葫蘆國小 91 年度中央球場及適逢設施整修工程各項費用明細表、葫蘆國小 91 年度教育部補助「國教經費--改善國中與國小教育設施計畫」需求調查表，葫蘆國小擬申請項目表臺北市政府教育局 91 年 11 月 1 日北市教八字第 09138643200 號函影本、葫蘆國小 91 年 10 月 9 日北市葫小總字第 303707 號函及各項費用明細表影本、葫蘆國

小 91 年度中央球場整修工程開標紀錄，無非以教育局所核撥之經費為製作上開文件之依據，不足以證明其所辯原申請款項經教育局刪減，再製作刪減後之部分工程施作文件乙節屬實，上開文件亦不足以證明本件工程係局部整修，何能以減價後逕行推論必是局部整修？從而，上開文件亦不足為被告張○榮有利之認定，是被告張○榮就此所辯，並無可採。

- 3、就本件實際開工日期而言，廖○吉雖供稱：伊記得是 92 年 1 月 2 日開工云云，並提出開工報告、工程預定進度表、進度明細、進度說明等件為證，然證人梁○○於原審法院審理時已明確證稱興濃公司係在 92 年 1 月 11 日進場施工等語在卷（見原審卷（四）第 60 頁），已如前述，而同案被告邱○○於原審法院審理時證稱：本件事務所的紀錄是 92 年 1 月 16 日開工等語（見原審卷（二）第 212 頁），亦與廖○吉所述 92 年 1 月 2 日開工云云不符，而開工報告、工程預定進度表、進度明細、進度說明究係廖○吉個人出具之文件，參酌廖○吉代同案被告邱○○填寫不實之監工日報表一節，其可信度本即甚低，並不可信，是被告張○榮所辯：92 年 1 月 20 日有與建築師、承包商到校會勘，確認 PU 走道基層完好云云，惟查並無會勘紀錄可資佐證，同案被告邱○○亦坦承上開監工日報表記載內容不實在，足見 92 年 1 月 20 日會勘乙節，即屬虛妄，上開辯詞，要屬卸責之詞，並無可採。
- 4、至被告張○榮另辯稱：92 年 1 月 20 日確有會勘，確認 PU 走道基層完好，僅當時漏未製作會勘紀錄，事後教育局因檢舉到場會勘時，有要求補正

云云(有關補正即倒填日期出具公函部分,詳如後述),而同案被告邱○○於原審法院審理時亦證稱:本件 PU 走道基礎部分有在 92 年 1 月 20 日會勘,發現都沒有損壞,當時有廠商廖○吉、伊本人、學校代表,學校代表是何人伊沒有印象云云(見原審卷(二)第 212 頁),廖○吉於原審法院審理時亦證稱:92 年 1 月 20 日建築師和校方有去會勘走道部分云云(見同上卷第 270 頁),惟同案被告邱○○經被告張○榮質以:「本案工程關於 PU 走道基礎完好,不必挖除重作等工程實務問題,法規沒有明載,應如何處置才符合工程慣例」時,證稱:「一般如法規沒有明確規定,慣例上會開協調會,將廠商、業主找來一起到現場會勘,作成結論及會勘紀錄,作成未來驗收依據」等語(見同上卷第 229 頁),且 PU 走道是否開挖,涉及實際施工面積的大小,為日後計算工程款之重要依據,理當有相關會勘紀錄備查,而通觀全卷,不論葫蘆國小或廖○吉、同案被告邱○○,均無法提出當日的會勘紀錄或現場照片、前後來文以資證明,既有的來往文件即同案被告邱○○出具之 014 號函、葫蘆國小第 301 號函,更係渠等事後倒填日期之不實文件,甚至廖○吉製作的 92 年 1 月 20 日工程日報表、監工日報表,亦無當日會勘之記載(見市調處證據卷(二)第 55 頁),在在與常情不符,而證人梁○○於原審法院審理時經審判長質以:「本件工程 PU 走道部分於 92 年 2 月 19 日驗收前,建築師及承包廠商是否曾就走道開挖後發現基礎完好」時,又答稱:「我不記得有這件事」等語(見原審卷(四)第 110 頁),無法執為該日確有會勘之認定,是邱○○、廖○吉所述:92

年1月20日有會勘，確認PU走道部分基礎完好，無需開挖云云，既無其他確切證據足資證明，依上說明，可信度自然甚低，至被告張○榮雖提出PU走道之現場復原照片為證(見原審卷(四)第387頁)，姑不論上揭照片並無拍攝日期，且其上痕跡究係會勘後的修補，抑或完工後因施工品質不佳所生的裂縫，也難以判斷，何況廖○吉在原審審理時經被告張○榮選任辯護人質以：「92年1月20日建築師和校方是否曾經去會勘走道的部分」時，答稱：「有會勘，但是確實的時間不記得，是在靠近司令台的附近挖一個洞讓他們看，因為我跟學校還有建築師報告表示都沒有損壞，但是學校不相信表示要看，所以我就實際挖開給他們看」云云(見原審卷(三)第270頁)，核與上開照片顯示的修補地點，完全不同，此項照片，顯不足採為92年1月20日當日會勘之依據。此外被告張○榮既知照相存證，何以未製作會勘紀錄憑以對照開挖後復原之存證？此亦與常情不符，自難置信。況被告張○榮迭次辯稱：本件依施工原意不需全面開挖，僅需就基礎損壞部分點狀施工即可云云，則既然開工前即已知不必全面開挖，又何必在施工中重新會勘，確認PU走道部分不需開挖？此益見同案被告邱○○及廖○吉上開證詞，無非與被告張○榮勾串，彼此迴護卸責之詞，均無可取。

- 5、又被告張○榮另辯稱：伊不認識同案廖○吉，一切都按採購法規定處理，沒有要求同案張○慧倒填日期出具函文，同意變更設計云云，惟核與張○慧、證人梁○○所述不符，已如前述，且衡諸張○慧於92年4月間，將同案被告邱○○出具之

第一份 014 號函及其上證人梁○○簽註送請被告張○榮核可後，稍後數日又在第二份 014 號函文上簽請被告張○榮同意變更契約時，被告張○榮不僅未發覺其上日期倒填，又係重複簽核，且兩份函文簽註有相當差異等明顯異狀，即批示如擬，甚至也配合註記其批示日期為 92 年 1 月 20 日，此與張○慧的實際送件日期相差達 3 個月之久，顯非疏失可比，況依張○慧之職位位居被告張○榮之下，衡情僅有張○慧按被告張○榮批註之前述不實日期發文，豈有由被告張○榮配合張○慧發文，而在簽呈中添註不實之批示日期之理？且若依被告張○榮所辯倒填日期係因應教育局指示下補正程序云云，則張○慧儘可詳載此倒填日期之理由，被告張○榮亦可於批示時加註，彼二人不此之圖，逕為倒填日期配合被告邱○○發文日期，顯已事先商議配合，是被告張○榮就此所辯，亦係卸責之詞，委無可採。至被告張○榮另辯稱：葫蘆國小於 92 年 2 月 19 日複驗時，因發現球場中央地坪有龜裂情形，而未驗收，且該日的驗收紀錄亦未記載「准予驗收」，故校方在此後辦理減價收受，應屬合法云云，然查，該次驗收紀錄雖未明確記載准予驗收等字樣，惟在驗收結果欄載稱：「經丈量尺寸與竣工圖說(明細表)數量相符，尚符尺寸」等語，另在備註欄註明：「本工程未驗及隱蔽部分，其工程品質及結算數量，由監造建築師與承商負責」等語(見原審卷(一)第 162 頁)，其意顯在表明就丈量之尺寸、數量部分已經驗收通過，至於未驗部分，則由建築師與承包商負責，通觀上下文義，實與驗收通過無二，否則同案廖○吉焉有在該日複驗後，即繳交保證

金、保固書之理?直言之,設若教育局未依檢舉到場會勘,依正常流程,本件工程款早已撥發完畢,焉有日後再數度驗收之可能?至於葫蘆國小內部檢討報告雖載稱:「本案尚未完成,也尚未付款」云云(見原審卷第142頁),僅係事後檢討,不無卸責之嫌,不足採為有利於被告張○榮之認定。

(四)綜上,原確定判決認定陳訴人犯對主管事務圖利罪及行使公務員登載不實文書罪,係綜合各項證據資料而為論斷,已詳敘其得心證之理由,並就陳訴人所辯各節予以指駁,衡諸前揭法律規定及判例意旨,尚難認有判決違背法令之情事。

二、最高法院102年度台上字第4334號判決以陳訴人之上訴屬違背法律上之程式,爰依刑事訴訟法第395條前段規定,以判決駁回之,經核於法尚無不合;陳訴人所訴各節,或業經歷審法院判決論明在案,或與事實未盡相符而容有誤會:

(一)查刑事訴訟法第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。如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。本件最高法院102年度台上字第4334號判決針對陳訴人所提出之各項上訴意旨,何以不足為適法之第三審上訴理由,逐予審核論駁略謂:

1、98年4月22日修正之貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪,係使原概括規定「違背法令」之法條文字,範圍更為明確,以杜爭議;該修正前、後之規定,對上訴人所犯圖利罪而言,並非

較為有利或不利，難謂係行為後法律有變更之情形，依法律適用原則，即應適用裁判時法，而無依刑法第 2 條第 1 項為新舊法比較之必要。原判決理由為新舊法比較，雖屬贅餘，但無影響於判決本旨，自與得執為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。

- 2、上訴人自 86 年起至 94 年 2 月間擔任葫蘆國小校長，係市立小學之校長及教職員，依政府採購法規定承辦葫蘆國小之系爭工程，有其供述在卷可稽，並有其餘足以顯示其身分之相關卷內資料可佐，堪認無訛；原判決基此，認無論依刑法第 10 條第 2 項公務員定義修正前、後，上訴人均具貪污治罪條例第 2 條所定之公務員身分，乃據以論罪科刑，於法自無違誤。
- 3、系爭編列標準、系爭作業程序，均屬台北市政府訂頒之行政命令，其中系爭編列標準，詳細列載各工程項目之價位，提供相關機關決定工程項目價位之準據，另系爭作業程序則為攸關工程之施工、估驗計價、驗收等作業程序之規範，其經機關執行、適用之結果，並足影響於承作機關工程廠商、人員之權益，而對不特定人民發生法律效果，原判決認屬上揭圖利罪構成要件中所謂明知違背之「法令」，要難謂違誤。
- 4、興濃公司承包系爭工程，係僅將其中央球場及走道面層上之原有瀝青及 PU 刮除，重新鋪設瀝青及 PU，即算施工完成，並未依合約約定開挖地坪，即於 92 年 1 月 23 日出具竣工報告，向葫蘆國小申請驗收，復於同年 2 月 10 日、2 月 19 日先後完成上開工程之初、複驗，進而繳交保固書、保證金，欲申請校方給付工程款各情，業經原判決

依據卷附廖○吉檢附之竣工報告等相關書證，及廖○吉、邱○○之證詞等證據資料，認定屬實。則原判決以上開工程於92年1月23日廖○吉申請驗收時，顯然已經進入驗收階段，其在驗收階段發現瑕疵，至多亦僅能依系爭契約第34條約定，為減價收受，並處以扣減額5倍違約金，且經認定上訴人與同案被告張○慧共同製作之葫蘆國小名義、(倒填日期為)92年1月20日北市葫蘆小總字第09230027301號函內容略稱：「經查本校中央球場PU走道施工部分，貴建築師認為開挖後尚屬良好，擬變更設計，本校無異議」等語，以行使函覆邱○○之函文，係其等公務上登載不實之文書，而以上訴人擔任葫蘆國小校長經辦系爭工程，於得標簽約廠商興濃公司施工完畢報請驗收時，發現其中有瑕疵，並未依系爭編列標準、系爭作業程序，對興濃公司採取減價收受，並依系爭契約第34條約定處以違約金，詎竟同意以變更契約代之，而以葫蘆國小名義製作並行使上開公務上登載不實之文書，足以生損害於葫蘆國小對收發公文之控管，並使興濃公司因此獲得免於支付上開違約金之不法利益，而圖利該公司，乃論以貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪，經詳敘其論證之依據及理由，於法自非無據。至於興濃公司事後固仍依葫蘆國小要求先全數繳回違約金7萬8517元後，始領取工程款，但已在上訴人變更契約、行使公務員登載不實之文書，以圖利興濃公司免於支付違約金行為完成之後，並無影響於上訴人圖利罪責之認定，原判決未採為有利上訴人認定之依據，要無不合。

5、刑事訴訟法第309條規定：「有罪之判決書，應於

主文內載明所犯之罪。」判決主文關於罪名應如何記載，始堪謂為「載明」，法律並無明文，如能適合顯示判決論處之罪，並與其他罪名相區別者，即不得謂非適法。原判決就上訴人係具刑法及貪污治罪條例所規範之公務員身分，經於理由論述明確，其主文記載上訴人之罪名為「犯對主管事務圖利罪」，已能適合顯示論處之罪，及與其他罪名相區別，即便未記載「公務員」字樣，要無違法可言。

- 6、上訴人於公文書登載不實，意在行使，其登載不實完成後復予以行使，其登載不實行為當然為行使行為所吸收，應僅論以行使罪，不另論登載不實罪。原判決理由未敘明及此，雖有疏漏，但無影響於判決結果，上訴意旨執此指摘，仍與得執為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。
- 7、本件關於系爭工程上訴人被訴犯圖利罪部分，依檢察官起訴書記載，圖利金額合計為 25 萬 7403 元。原判決認定上訴人圖利興濃公司免於給付違約金之金額為 7 萬 8517 元，至於起訴書所指逾期完工之懲罰性違約金部分，則無可採，就上訴人圖利興濃公司獲得不法利益之實際金額，已於理由剖析論述明確（見原判決第 14、15 頁），尚非無據，即難謂違誤。況上訴意旨指此部分有已受請求之事項未予判決之違法，與被告應為自己利益請求救濟之上訴制度本旨有違，並非適法之第三審上訴理由。經核其餘上訴意旨，亦係置原判決所為明白論斷於不顧，仍持已為原判決指駁之陳詞，專憑己意再事爭辯，或任意指摘原判決違法，難認已符合首揭法定之第三審上訴要件。本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

(二)上開判決以陳訴人之上訴屬違背法律上之程式，爰依刑事訴訟法第 395 條前段規定，以判決駁回之，經核於法尚無乖違。有關陳訴人訴稱，原確定判決未就工程合約設計詳圖，調查究竟有無包含拆除 PU 走道全部基礎，為重大違誤，而最高法院竟未加以指摘亦有違失乙節，經查原確定判決就其認定本件整修工程依工程施工圖說、廠商投標詳細表、廠商單價分析表及工程合約記載，開挖範圍為中央球場及 PU 走道全部之地坪（並非如陳訴人所辯，就 PU 走道部分係僅施作面層，而於刮除面層時如發現基礎有損壞的部分，始就該部分要連基礎全部刮掉，重新施作）之事實，業於判決理由貳、二、（一）第 2、6、7 及 9 等段落（詳如判決第 9、10、16 至 21 頁）就各項證據之調查結果及擇採與否之心證論載綦詳。關於陳訴意旨訴稱，興濃公司既已全數繳回 7 萬 8517 元違約金，即表示並未「因而獲得利益」云云，查最高法院 102 年度台上字第 4334 號判決亦已於理由中指明：至於興濃公司事後固仍依葫蘆國小要求先全數繳回違約金 7 萬 8517 元後，始領取工程款，但已在上訴人變更契約、行使公務員登載不實之文書，以圖利興濃公司免於支付違約金行為完成之後，並無影響於上訴人圖利罪責之認定等語。另陳訴意旨略謂按合約第 34 條規定，校方（即葫蘆國小）核准變更設計的前提下，方能按工料差減額扣減價金，並處以扣減額 5 倍違約金；本案以變更契約方式處理並無違反系爭編列標準及作業程序等規定等情，經核則與法院依法所認定之事實未盡相符。

綜上，最高法院 102 年度台上字第 4334 號判決以陳訴人之上訴屬違背法律上之程式，爰依刑事訴訟法第 395

條前段規定，以判決駁回之，經核於法尚無不合；陳訴人所訴各節，或業經歷審法院判決論明在案，或與事實未盡相符而容有誤會。

參、處理辦法：調查意見函復陳訴人後結案。

調查委員：葉耀鵬

中 華 民 國 103 年 6 月 日