

調 查 意 見

- 一、按判決不適用法則或適用不當者，為違背法令，刑事訴訟法第 378 條定有明文；又依法應於審判期日調查之證據未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項判決即屬違背法令，得提起非常上訴，復經司法院釋字第 181 號解釋在案。從而，法院對於有罪之判決所認定之事實而應記載於判決書者，乃指與論罪科刑暨適用法令有關之事實而言一如犯罪構成要件之事實、刑之加重減輕之事由、故意、過失等等，其證據在客觀上為認定事實及適用法律之基礎者，即屬法院認定事實與適用法律之基礎事項，客觀上有其調查之必要性，應依職權加以調查，即屬刑事訴訟法第 379 條第 10 款規定所稱依法應於審判期日調查之證據而未予調查，其判決當然為違背法令。又判決不載理由者當然為違背法令，所謂判決不載理由，係指依法應記載於判決理由內之事項不予記載，或記載不完備者而言，此為刑事訴訟法第 379 條第 14 款前段之當然解釋，而有罪之判決書，對於被告有利之證據不採納者，應說明其理由，復為刑事訴訟法第 310 條第 2 款所明定，故有罪判決書對於被告有利之證據，如不加以採納，必須說明其不予採納之理由，否則即難謂非判決不備理由之違法，最高法院 63 年度臺上字第 3220 號，亦著有判例。
- 二、據本件陳訴人指稱略以：渠於民國 83 年 3 月 1 日起至 91 年 2 月 28 日止，擔任臺南縣麻豆鎮鎮長期間，臺南縣麻豆鎮公所於 84 年間辦理麻豆鎮市五零售市場新建工程土木建築部分，由張○盛經營之力嘉營造公司得標，經監察院調查結果，發現並無貪瀆不法情事，有監察院 88 年 1 月 28 日調查報告為憑。臺南地檢

署檢察官竟誤認張○盛簽發交付陳訴人之 8 張支票(金額合計 2470 萬元)係工程回扣，以貪污治罪條例第 4 條的經辦公用工程收取回扣罪名起訴陳訴人。查最高法院先後三次判決 94 年度臺上字第 6009 號刑事判決、96 年度臺上字第 641 號刑事判決、第三次 97 年度臺上字第 2904 號刑事判決，均將本案發回臺南高分院，第三次發回判決略以：「本院前次發回時已指明上訴人收受之金額與工程款之比例接近百分之十，能否即謂係依工程款之一定比例收取賄款？應說明其認定之理。原審法院（此次更審判決）遽以『本件工程預算金為 2 億 3855 萬 2770 元，張○盛所交付之 8 紙支票合計 2470 萬元，約相當於其標得之工程款 2 億 3800 萬元之百分之十比例，亦與按相當比例收取工程回扣或賄賂之業界習慣相符』為理由，認定上訴人係依工程款之一定比例收受賄賂，但未說明所謂業界之習慣如何及認定之依據，仍有理由不備之違背法令。上訴意旨指摘原判決不當，尚非全無理由，應認仍有撤銷原判決，發回更審之原因。」；惟最高法院最後卻以 99 年 5 月 27 日 99 年度臺上字第 3264 號刑事判決，就陳訴人對臺南高分院 98 年度重上更(四)字第 213 號判決陳訴人 12 年 6 個月有罪判決，並未盡審查職責，怠忽司法正義最後防線職守，草率駁回陳訴人之上訴，致本案有罪判決確定。…又臺南高分院 97 年度重上更(三)字第 231 號刑事判決曾經認定張○盛支付之 8 張支票金額共計 2470 萬元，並非工程回扣或賄款，業詳細臚列理由及其認定之依據，何以其他法庭確有不同見解」等語。

三、按刑事訴訟法第 154 條第 2 項、第 155 條第 1 項等規定，犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；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。復按刑事訴訟法第 2 條規定，實施刑事訴訟程序之公務員，於該管案件應就被告有利不利部分一律注意。再按最高法院 77 年度第 11 次刑事庭會議決議：「經驗法則與論理法則之一般標準於下：(一)對於事實證據之判斷，其自由裁量必須保持其合理性，如其證據與事理顯然矛盾，原審予以採用，即於經驗法則有所違背。(二)如何依經驗法則，從無數之事實證據中，擇其最接近真實事實之證據，此為證據之評價問題，但對於內容不明之證據，不得為證據之選擇對象。又對內容有疑義之證據，仍應調其他必要之證據，不得作為判決之唯一證據。(三)證據本身存有瑕疵，在此瑕疵未能究明以前，選擇為有罪判決之基礎，難謂於經驗法則無違。」

四、經查，本案原確定判決（即臺灣高等法院臺南分院 98 年度重上更（四）字第 213 號）認定陳訴人有罪理由略以：「查被告沈○民自 83 年 3 月 1 日起至 91 年 2 月 28 日止，擔任臺南縣麻豆鎮鎮長，臺南縣麻豆鎮公所於 84 年間興辦市五工程，其中土木建築工程部分預算金額 2 億 3855 萬 2770 元，嗣由被告沈○民核定之工程底價為 2 億 3830 萬元，押標金計 2300 萬元，該工程於 84 年 3 月 20 日辦理開標作業，招標期間共售出 14 支標函，實際參與投標廠商，計有力嘉營造公司、通億營造公司、信嘉營造公司及鉅榮營造公司，最後由力嘉營造公司以 2 億 3800 萬元得標市五工程之事實，業據被告沈○民自白不諱，並有麻豆鎮公所 93 年 3 月 10 日所政字第 0930002572 號函附沈○民擔任麻豆鎮鎮長之任期及鎮長職掌一份、麻豆鎮市五零售市場土木新建工程合約一卷可佐證，此部分被告之自白，核與事實相符，自可採信。則被告沈○民係依法令從事公務之人員，在其任期內經辦市五工程，由張○

盛經營之力嘉營造公司以低於底價 30 萬元之 2 億 3800 萬元得標承作等情事，應可認定。（二）本件市五工程之底價經被告沈○民核定為 2 億 3830 萬元，押標金為 2300 萬元，業據被告沈○民供明在卷，並有底價單一紙可佐。而依當時有效之機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例（88 年 6 月 2 日廢止）第 11 條規定須有三家以上廠商之投標，經核本件市五工程參與投標廠商雖計有力嘉營造公司、通億營造公司、信嘉營造公司、鉅榮營造公司等四家，而符合三家以上廠商之投標而得開標之規定。又被告張○盛為籌措 4 家投標廠商所需之押標金，乃透過永烽營造公司負責人陳○溫指示不知情之胞弟陳○庭，於 84 年 3 月 17 日，自永烽營造公司設於臺南區中小企業銀行佳里分行 0135020010165 號帳戶提領現金 2300 萬元，再於同日以陳○庭名義，分二筆金額各 2000 萬元及 300 萬元，匯入張○盛設於臺南區中小企業銀行之 621200046756 號活儲帳戶，供力嘉營造公司作為購買押標金票據之用；陳○溫另於 84 年 3 月 17 日，自永烽營造公司前開帳戶轉存 3500 萬元至不知情之堂姪陳○松設於臺南區中小企業銀行佳里分行 0135040059786 號帳戶，再指示堂姪陳○松於 84 年 3 月 18 日，提領現金 2300 萬元，供鉅榮營造公司購買押標金票據之用；陳○溫復指示不知情之媳婦陳葉○惠向巨全營造有限公司（以下簡稱巨全營造公司）調借資金，由巨全營造公司向往來之合作金庫成功支庫辦理短期借款，於 84 年 3 月 17 日貸得 2100 萬元，隨即於同日自巨全營造公司設於合作金庫成功支庫 051610 號帳戶，分二筆金額各 2000 萬元及 100 萬元匯入信嘉營造公司設於第一商業銀行南臺南分行 60710012031 號帳戶，同日陳葉○惠則自其擔任負責人之華豐營造有限公司（以下簡稱華

豐營造公司)設於泛亞銀行臺南分行 0090010002855 號帳戶，匯款 200 萬元至信嘉營造公司前揭帳戶，供信嘉營造公司購買押標金票據之用；另陳○溫復指示媳婦陳葉○惠以華豐營造公司名義向泛亞商業銀行臺南分行辦理房屋貸款，並向陳葉○惠之胞弟葉○成借款，再於 84 年 3 月 18 日以陳○庭之子陳逸政之名義，分二筆金額各 2000 萬元及 300 萬元，匯入通億營造公司負責人蕭○敏設於泛亞銀行臺南分行 009004004894 號帳戶，作為通億營造公司購買押標金票據之資金來源等事實，業據證人陳○庭、蕭○敏、李○、吳○峰、陳葉○惠、楊○鈞、陳○松、於原審審理時證述明確，互核相符，並有陳○庭臺南區中小企業銀行佳里分行 0135020010165 號帳戶往來明細資料、匯票二紙、陳葉○惠泛亞商業銀行臺南分行 009001002855 號帳戶交易傳票、84 年 3 月往來明細、開戶資料影本、陳葉○惠前述帳號與通億營造公司負責人蕭○敏設於泛亞銀行臺南分行 009004004894 號帳戶之匯款單二紙、巨全營造有限公司合作金庫銀行成功分行 0310717051610 號帳戶 84 年 3 月往來明細、授信申請書、貸放單影本、巨全營造有限公司前述帳號匯入信嘉營造公司設於第一商業銀行南臺南分行 60710012031 號帳戶之匯款單二紙、陳葉○惠前述泛亞銀行臺南分行 009001002855 號帳戶匯款至信嘉營造公司前揭帳戶之匯款單一紙、陳○松臺南區中小企銀佳里分行 059786 號帳戶 84 年 3 月 1 日至 84 年 3 月 31 日往來明細等在卷可佐，亦堪予認定。2 觀諸臺南縣麻豆鎮市五工程補充說明書，其內訂有：『本工程合約付款辦法，甲方（指麻豆鎮公所）因本工程款，係由標租店舖及攤租金收入支付，故如因租金尚未收入，或收入尚不足以付部分工程款時，乙方（指得

標廠商)不得請領,且不得異議』,『本工程如因甲方無法支付工程部分款時,乙方不得要求停工,若乙方藉故停工,則工期照計,倘逾期完工依工程合約第23條,每過期一天扣除工程總價千分之一。』等內容,有該補充說明書附市五零售市場土木新建工程合約卷可參。而被告沈○民於原審審理分離調查證據時以證人身份結證稱:該付款條件對廠商不利,且工程係預備以預收攤位權利金及工程完工後,四周樓房出租可收取之權利金支付工程款,工程招標時,僅預租240個攤位,實際收到權利金約1億2000餘萬元,尚有規劃之四、五十個攤位未出租,每一攤位預租金為50萬元,當時鎮公所亦無把握可收足權利金支付工程款等語,核與臺南縣麻豆鎮公所94年3月21日麻所公字第0940002883號函稱:『…二、本所僅於80年至81年間預收攤位權利金共1億1750萬元,至該土木建工程招標前至84年3月20日止,前共預收上述金額。三、本所將該案店舖、攤位標租辦法及標租底價,提交代表會審議,並於84年6月28日通過後,始研擬辦理該標租案,該項工程截至驗收日85年10月29日實收2億9553萬8050元,全部舖、攤位標租出去預計可收6億6100萬元。』等語相符。由此觀之,本件總工程款2億3800萬元,於開標時僅籌得1億1750萬元,尚不到工程款二分之一,且於開標簽約後3個月才送鎮代會審核通過,加上前述嚴苛之付款條件,必定會降低廠商投標意願而不敢輕易參與該工程之投標,而予以沈○民與張○盛商議以力嘉營造公司之名義投標承造該市五工程,並約定提取實際領得工程款約百分之十作為沈○民之回扣金之可乘之機。(三)

1.力嘉營造公司自84年8月18日起至85年9月30日止,分14期實際領得臺南縣麻豆鎮公所交付之工程

款 2 億 3561 萬 7747 元〔應付工程款為 2 億 3800 萬元，扣除保固金（總工程款 2 億 3822 萬 5272 元之百分之一）238 萬 2253 元，〕，有麻豆鎮公所支出傳票、估驗報告等文件影本在卷可稽，又力嘉營造公司請領工程尾款 3635 萬 4871 元時，麻豆鎮公所鎮公所扣除總工程款（2 億 3822 萬 5272 元）百分之一之保固金計 238 萬 2253 元，力嘉營造公司工程尾款實際領得 3397 萬 2618 元，有麻豆鎮公所費用動支請示單一紙在卷可佐，均堪認定。2. 張○盛計分 8 次簽發以張○盛為發票人，付款人為華南商業銀行麻豆分行之支票 8 紙，8 紙予沈○民收受後，沈○民均存入歐堃江設於華南商業銀行麻豆分行 621200098343 號帳戶兌領，又沈○民於 85 年 6 月 25 日利用前述歐堃江帳戶匯款 110 萬元給張○盛，為被告沈○民所自承，而該華南商業銀行麻豆分行以歐堃江名義申請之 621200098343 號帳號，自 85 年 3 月 28 日起，即由被告沈○民使用，亦據被告沈○民供認在卷，核與歐堃江於原審所證述：伊設於華南商業銀行麻豆分行 621200098343 號帳戶，於 85 年 3 月 28 日借給沈○民出入往來私人金錢使用等情節相符，此外並有華南商業銀行麻豆分行 621200098343 號帳戶存款往來明細一份（內含支票影本 8 張）可佐，此部分事實均堪予認定。3. 前述 8 張支票面額合計 2470 萬元扣除沈○民於 85 年 6 月 25 日所匯還張○盛之 110 萬元，合計 2360 萬元，約為力嘉營造公司實際領得之工程款 2 億 3561 萬 7747 元，於百萬以下四捨五入為 2 億 3600 萬元之百分之十」等語，為其認定基礎。

五、然按原確定判決所稱：「觀諸臺南縣麻豆鎮市五工程補充說明書，其內訂有：『本工程合約付款辦法，甲方（指麻豆鎮公所）因本工程款，係由標租店舖及攤租

金收入支付，故如因租金尚未收入，或收入尚不足以付部分工程款時，乙方(指得標廠商)不得請領，且不得異議。』，『本工程如因甲方無法支付工程部分款時，乙方不得要求停工，若乙方藉故停工，則工期照計，倘逾期完工依工程合約第 23 條，每過期一天扣除工程總價千分之一。』等內容(見原審證物卷第 1 頁至第 2 頁)，有該補充說明書附市五零售市場土木新建工程合約卷可參。…臺南縣麻豆鎮公所 94 年 3 月 21 日麻所公字第 0940002883 號函稱：『…二、本所僅於 80 年至 81 年間預收攤位權利金共 1 億 1750 萬元，至該土木建工程招標前至 84 年 3 月 20 日止，前共預收上述金額。三、本所將該店舖、攤位標租辦法及標租底價，提交代表會審議，並於 84 年 6 月 28 日通過後，始研擬辦理該標租案，該項工程截至驗收日 85 年 10 月 29 日實收 2 億 9553 萬 8050 元，全部舖、攤位標租出去預計可收 6 億 6100 萬元。』等語(見上訴卷一第 224 至 227 頁)。由此觀之，本件總工程款 2 億 3800 萬元，於開標時僅籌得 1 億 1750 萬元，尚不到工程款二分之一，且於開標簽約後三個月才送鎮代會審核通過，加上前述嚴苛之付款條件，必定會降低廠商投標意願而不敢輕易參與該工程之投標，而予以沈○民與張○盛商議以力嘉營造公司之名義投標承造該市五工程，並約定提取實際領得工程款約百分之十作為沈○民之回扣金之可乘之機。」等語(參見原確定判決書第 10 頁 2)，固非無見。惟查：(一)據證人即承辦本件市五工程招標事宜之麻豆鎮公所技士徐○鵬於原審前審審理時業結證稱：「本件市五工程招標文件及工程補充說明書是我擬的，因為我們第五零售市場在 81 年間，有發包地下停車場，是依據 81 年地下停車場的付款方式來擬定發包招標文件內容，為了避免

將來工程發生糾紛，工程新建的財源，是要在市場招租完畢，以該收入作為工程之給付款」、「本件市五工程沒有編列預算，是以標租金作為財源，這是依照公共造產自籌財產的方式」、「本件市五工程招標文件是我自己的意思而擬的，擬補充說明書未與被告研究過，被告亦未指示我如此擬」等語(參見更一卷第120至122頁)，故據證人徐○鵬之證詞足證：1. 本件市五工程關於工程補充說明書難認係依被告指示而擬定。2. 本件市五工程屬公共造產，未編列預算，須由地方自籌財產，其工程補充說明書之付款條件，係沿用81年市五地下室招標工程辦法辦理，目的在確保工程順利完工，並無獨厚任何一家廠商，故意違背法令而圖利他人之罪嫌。(二)臺南縣麻豆鎮公所94年3月21日麻所公字第0940002883號函係稱：麻豆鎮公所將該案店舖、攤位標租辦法及標租底價，提交麻豆鎮代表會審議，並於84年6月28日通過後，始研擬辦理該標租案，並非原確定判決所稱：「本件總工程款2億3800萬元，於開標時僅籌得1億1750萬元，尚不到工程款二分之一，且於開標簽約後三個月才送鎮代表會審核通過」。(三)復按「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，以為裁判基礎。」(最高法院40年臺上字第86號判例要旨)，「犯罪事實之認定，應憑真實之證據，倘證據是否真實尚欠明顯，自難以擬制推測之方法，為其判斷之基礎。」(最高法院53年臺上字第656號判例要旨)，原確定判決就本件市五工程補充說明書之付款條件，未審酌證人徐○鵬之證詞，且在無相當證據證明被告沈○民與張○盛有所謂「商議」以力嘉營造公司之名義投標承造該市五工程之事實情況下，竟然遽認「本件市五工程補充說明書

付款條件嚴苛，必定會降低廠商投標意願而不敢輕易參與該工程之投標，而予沈○民與張○盛商議以力嘉營造公司之名義投標承造該市五工程」等語，顯係於無相當證據情況下，以推測之方法，為其判決之判斷基礎，自有違背刑事訴訟法第 154 條第 2 項：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實」之規定，亦有判決不備理由之當然違背法令。(四)再按「科刑判決所認定之事實，與所採之證據，不相適合，即屬證據上理由矛盾，其判決當然違背法令。且刑事訴訟法上所謂認定犯罪事實之證據，係指足以證明被告確有犯罪行為之積極證據而言，該項證據必須適合於被告犯罪事實之認定，始得採為斷罪之資料。」(最高法院 69 年臺上字第 4913 號判例要旨)，查原確定判決認定力嘉營造公司自 84 年 8 月 18 日起至 85 年 9 月 30 日止，分 14 期實際領得臺南縣麻豆鎮公所交付之工程款為 2 億 3561 萬 7747 元(參見原確定判決書第 11 頁(三)1)，則其中之百分之十為 2356 萬 1774 元，而張○盛計分 8 次簽發以張○盛為發票人，付款人為華南商業銀行麻豆分行之支票 8 紙予被告沈○民，該 8 紙支票金額合計為 2470 萬元(參見原確定判決書第 11 頁(三)2 及第 32 頁附表二)，此 8 紙支票之金額即係原確定判決所認定之「回扣金」，依原確定判決認定力嘉營造公司實際領得麻豆鎮公所交付之工程款為 2 億 3561 萬 7747 元，其百分之十為 2356 萬 1774 元，而系爭張○盛簽發予被告沈○民之 8 紙支票面額合計 2470 萬元，兩者金額，並不脛合，竟相差 113 萬 8226 元。是則，原確定判決認定「沈○民與張○盛並約定提取實際領得工程款約為百分之十作為沈○民之回扣金」之事實，顯與所採用系爭張○盛簽發與沈○民之 8 紙支票之證據，並不相適合，自有採證法則之

違誤，參照最高法院 69 年臺上字第 4913 號判例要旨，原確定判決顯有事實與理由相互矛盾之判決違背法令。

六、復就原確定判決稱：「前述 8 張支票面額合計 2470 萬元扣除沈○民於 85 年 6 月 25 日所匯退還張○盛之 110 萬元，合計 2360 萬元，約為力嘉營造公司實際領得之工程款 2 億 3561 萬 7747 元，於百萬以下四捨五入為 2 億 3600 萬元之百分之十。」等語（參見原確定判決書第 12 頁 3），意指該沈○民所匯退還張○盛之 110 萬元亦屬回扣金，惟查系爭 8 紙支票之發票日、金額各為①85 年 3 月 28 日，3,000,000 元、②85 年 5 月 8 日，2,500,000 元、③85 年 5 月 30 日，3,000,000 元、④85 年 6 月 3 日，300,000 元、⑤85 年 7 月 8 日，7,000,000 元、⑥85 年 7 月 15 日，2,500,000 元、⑦85 年 7 月 20 日，1,400,000 元、⑧85 年 7 月 30 日，5,000,000 元（參見原確定判決書第 32 頁附表二），亦即系爭 8 紙支票兌領期間為 85 年 3 月 28 日至 85 年 7 月 30 日，而被告沈○民匯款 110 萬元予張○盛之日期係 85 年 6 月 25 日，倘若系爭 8 紙支票係所謂回扣金，惟於該 8 紙支票中之其他 4 紙支票金額合計 1590 萬元（發票日、金額各為①85 年 7 月 8 日、7,000,000 元，②85 年 7 月 15 日、2,500,000 元，③85 年 7 月 20 日、1,400,000 元，④85 年 7 月 30 日、5,000,000 元，金額合計為 1590 萬元），尚未兌領之前，衡情論理，焉有發生被告沈○民於 85 年 6 月 25 日所匯還張○盛 110 萬元回扣金之情事？原確定判決於無積極證據情況下，且未說明何以沈○民於 85 年 6 月 25 日所匯給張○盛之 110 萬元係屬沈○民溢領「回扣金」之理由，亦未說明計算領得工程款百分之十之回扣金，得就領得工程總款 2 億 3561 萬 7747 元，於其百萬元

以下用四捨五入方法逕認為 2 億 3600 萬元，再以擬制推測方法，進而認定「前述 8 張支票面額合計 2470 萬元扣除沈○民於 85 年 6 月 25 日所匯還張○盛之 110 萬元，合計 2360 萬元，係為力嘉營造公司實際領得之工程款 2 億 3561 萬 7747 元，於百萬以下四捨五入為 2 億 3600 萬元之百分之十」之事實，自違嚴格證明法則，背離刑事訴訟法第 154 條第 2 項規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不認定犯罪事實。」且其事實與證據不相符合，背離採證法則，涉有判決不備理由之違誤。

七、再就原確定判決於事實欄稱：「力嘉營造公司自 84 年 8 月 18 日起至 85 年 9 月 30 日止，分 14 期實際領得臺南縣麻豆鎮公所交付之工程款 2 億 3561 萬 7747 元[應付工程款為 2 億 3800 萬元，扣除保固金(總工程款 2 億 3822 萬 5272 元之百分之一)238 萬 2253 元，各期領得之工程款詳如附表一]，張○盛為履行支付沈○民回扣之約定，計分 8 次簽發以張○盛為發票人，付款人為華南商業銀行麻豆分行，發票日分別為第 8、9 期工程款(85 年 3 月 27 日)、第 10 期款(85 年 4 月 30)、第 11 期款(85 年 5 月 30 日)、第 12 期款(85 年 7 月 2 日)及第 13 期款(85 年 7 月 25 日)等工程款給付期日後之隔日至數日之支票 8 紙(支票號碼及面額如附表二所載)8 紙予沈○民收受，扣除沈○民於 85 年 6 月 25 日(張○盛領得第 11 期工程款之後尚未領得第 12 期工程款之前)所匯還張○盛之 110 萬元，沈○民合計收取回扣金 2360 萬元，約為力嘉營造公司實際領得之工程款 2 億 3561 萬 7747 元，於百萬以下四捨五入為 2 億 3600 萬元之百分之十。」等語(參見原確定判決書第 3 頁二)。經核，按原確定判決認力嘉營造公司自 84 年 8 月 18 日起至 85 年 9 月 30 日止分 14 期領得臺

南縣麻豆鎮公所交付之工程款 2 億 3561 萬 7747 元，若果真被告沈○民與張○盛有所謂「支付工程款回扣之約定」，衡諸情理，工程款回扣金之支付時點，應係自張○盛 84 年 8 月 18 日領得第 1 期工程款時起支付，參見原確定判決附表一力嘉營造公司領得計第 1 期至第 7 期工程款，合計高達 7367 萬 2803 元，何以張○盛反乎一般情理，未於領得第 1 期至第 7 期工程款支付「工程回扣金」，反而遲至領得第 8、9 期工程款時，始所謂「計分八次簽發以張○盛為發票人、發票日分別為第 8、9 期工程款(85 年 3 月 27 日)、第 10 期款(85 年 4 月 30 日)、第 11 期款(85 年 5 月 30 日)、第 12 期款(85 年 7 月 2 日)及第 13 期款(85 年 7 月 25 日)等工程款給付期日後之隔日至數日之支票 8 紙予沈○民收受」，原確定判決就其認定之此項事實並未於理由欄詳細說明其所憑之證據及論斷之理由，自有判決不備理由之違誤。

八、最高法院先後三次將本案原判決撤銷，發回原法院更審之判決理由所稱相關證據瑕疵並未在原確定判決中獲得澄清：

- (一)第一次發回意旨略以：「原判決於事實欄認定：『力嘉營造工程有限公司(下稱力嘉公司)順利取得工程後，張○盛為履行支付沈○民回扣之約定，於力嘉公司領得麻豆鎮公所交付之部分工程款後，接續自民國 85 年 3 月 28 日起至 85 年 7 月 30 日止，簽發合計新臺幣(下同)2470 萬元之支票予沈○民收受』；然上訴人(即沈○民)究與張○盛如何約定收取本件回扣？原確定判決於事實欄未明確認定，亦未於理由欄說明其所憑之證據及認定之理由，自屬違誤。」等語(參見最高法院 94 年度臺上字第 6009 號刑事判決第 1 頁理由欄第 6 行起)。

(二)第二次發回意旨略以：「原判決於事實欄認定：『沈○民基於意圖不法所有而藉經辦該公用工程收取回扣之犯意，與其素有往來之力嘉營造公司張○盛，二人於民國 84 年 3 月間某日，在不詳地點，商議由張○盛以力嘉營造公司之名義投標承造臺南縣麻豆鎮公所辦理市五零售市場新建工程之土木建築工程（下稱市五工程），並約定提取該得標工程款約百分之十作為沈○民之回扣金』等情；然原確定判決就認定上訴人於上開時日與張○盛約定收取工程款約百分之十回扣之事實，未據其在理由內說明其所憑之證據及認定之理由，僅以：『本件市五工程預算金為新臺幣（下同）2 億 3855 萬 2770 元，張○盛標得之工程款為 2 億 3800 萬元，而張○盛所交付之 8 紙支票合計共 2470 萬元，適相當於該工程款約百分之十之比例，亦與按相當比例收取工程回扣金之業者習慣相符』等語，據認上訴人（即沈○民）與張○盛在上開時日有收取回扣之約定，然上訴人若收取 2470 萬元之支票，其金額與工程款之比例接近百分之十，能否即謂係依工程款之一定比例收取回扣？原確定判決未說明其論斷之理由，自有理由不備之違誤。」等語（參見最高法院 96 年度臺上字第 641 號刑事判決第 1 頁理由欄第 7 行起）。

(三)第三次發回意旨略以：「本院前次發回時已指明上訴人（即沈○民）收受之金額與工程款之比例接近百分之十，能否即謂係依工程款之一定比例收取賄款？應說明其認定之理由。原審法院此次更審判決遽以：『本件工程預算金為 2 億 3,855 萬 2,770 元，張○盛所交付之 8 紙支票合計 2,470 萬元，約相當於其標得之工程款 2 億 3,800 萬元之百分之十比

例，亦與按相當比例收取工程回扣或賄賂之業界習慣相符』為理由，認定上訴人係依工程款之一定比例收受賄賂，但未說明所謂業界之習慣如何及其認定之依據，仍有理由不備之違背法令。」等語（參見最高法院 97 年度臺上字第 2904 號刑事判決第 3 頁第 13 行起）。

據上論結，本案原確定判決（臺灣高等法院臺南分院 98 年度重上更（四）字第 213 號），關於最高法院前三次發回更審判決所指摘採證瑕疵之情形，均為犯罪構成要件事實之證據，而其證據在客觀上為認定事實及適用法律之基礎，本件原確定判決逕予認定被告沈○民收取張○盛簽發之合計 2470 萬元之 8 紙支票，係工程款之回扣，涉有違背法令。惟本次原確定判決，在相同證據狀態下，以擬制推測認定被告沈○民收取張○盛簽發之合計 2470 萬元之 8 紙支票，係力嘉營造公司實際領得工程總款百分之十之回扣金，自涉有認定犯罪事實不憑證據，背離採證法則與判決理由不備等判決不適用法則或適用不當之疑義。