

裁判字號：最高法院 108 年度台上字第 3078 號 刑事判決

裁判日期：民國 108 年 11 月 28 日

案由摘要：違反政府採購法等罪

最高法院刑事判決

108 年度台上字第 3078 號

上訴人 陳○高

選任辯護人 唐嘉瑜 律師

張秉正 律師

上訴人 林○政

選任辯護人 張秉正 律師

蔣昕佑 律師

上訴人 許○木

選任辯護人 林國泰 律師

陳令軒 律師

上訴人 藍○紘

選任辯護人 趙元昊 律師

上列上訴人等因違反政府採購法等罪案件，不服臺灣高等法院花蓮分院中華民國 107 年 9 月 27 日第二審判決（106 年度原上訴字第 25 號，起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署 103 年度偵字第 3890 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 376 條第 1 項各款所列之案件，第二審法院係撤銷第一審法院所為無罪，並諭知有罪之判決者，被告得上訴於第三審法院，此為該條項所明定。上訴人陳○高、林○政、許○木等 3 人均被訴涉犯民國 103 年 6 月 18 日修正前（下稱修正前）刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪，雖屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 4 款之案件，然原判決係撤銷第一審對前述 3 人關於該部分所為之無罪判決而改判有罪，依上開說明，渠等自均得上訴於第三審法院。次按刑事訴訟法第 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陳○高、林○政（下稱陳、林 2 人）部分之科刑判決，改判依想像競合犯規定，論處陳、林 2 人共同犯修正前刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪刑（各處有期徒刑 6 月《得易科罰金》）；另撤銷第一審關於許○木、藍○紘之無罪判決，改判論處許○木共同犯詐欺取財罪（累犯，處有期徒刑 1 年）、藍○紘犯政府採購法第 88 條第 1 項前段之違法審查圖利罪刑（處有期徒刑 1 年 2 月），已詳敘其調查證據之結果及證據取捨並認定事實之理由；所為論斷，均有卷存證據資料可資覆按。

三、上訴人等之上訴意旨分述如下：

（一）陳、林 2 人之上訴意旨略以：

1. 原判決認本件以多功能再生混凝土（MRC，下稱 MRC）材料回填者均不合契約規定，然其所引用之花蓮縣政府（下稱縣府）建設處之鑽心開挖取樣結果及臺灣省土木技師公會鑑定（下稱系爭鑑定）結果，卻僅認部分不合格，有判決理由矛盾之違法。
2. 原判決對於陽○營造股份有限公司（下稱陽○公司）之分包商即元○源有限公司（下稱元○源公司）就系爭 MRC 現場拌合之契約規定是否知情，前後認定矛盾，並有不依證據認定之疑。且元○源公司作為分包商，即有依約施作義務，當無不知本件工項之可能；反之，陽○公司既非實際施作之廠商，僅負定作人給付報酬之義務，對元○源公司並無指揮之責。亦即，不論是陽○公司抑陳、林 2 人等均不能減少開銷或支出，而無偷工減料之動機。原判決既認元○源公司為分包商，又認陳、林 2 人以偷工減料施作 MRC，前後認定已有矛盾；原判決就陳、林 2 人有如何之動機或故意偷工減料並未說明，亦有判決理由不備之違法。且原判決認陳、林 2 人因本件工程得減少支出費用之認定，與坊間工程發包承攬作業程

序不符，於經驗法則亦有違背。

3. 依約，MRC 可由混凝土預拌廠生產，亦可以工地機拌方式或人工拌合為之，且無須先經同意；如以「現場拌合」，所需拌合料之配比亦無明確規範；負責監造之藍○紘知悉元○源公司之 MRC 有「現場拌合」之事實，卻未提出或主張如此施作有偷工減料之具體事實，陳、林 2 人所為既經藍○紘之允許或同意，實難想像係施用詐術。
4. MRC 回填工程款，僅約新臺幣（下同）54 萬餘元，占「民政一標工程」（下稱系爭工程）之一小部，陳、林 2 人縱未依約施作，僅屬債務不履行；縣府針對 MRC 工程已要求陽○公司重做，許○木亦已遵照辦理；合計重做之支出、縣府之減價驗收及 6 倍之罰款，陽○公司已毫無所得，縣府亦未受有損害，而不應該當刑法之詐欺取財罪。原判決未調查材料及工資成本進而扣除，逕以單價分析表計算詐欺所得，即有調查職責未盡之違法。原判決認陳、林 2 人等及許○木利用不知情之元○源公司遂行犯罪，但就是否成立間接正犯漏未敘明，亦屬理由不備。
5. 陳○高另稱：(1)原判決就陳○高對元○源公司有如何之指示，以及元○源公司施作後反映塌陷曾經通知但陳、林 2 人仍指示續做等節，均未敘明其依據及理由。且試體之拌料比例，係元○源公司施作，陳○高不知，第 1 次試體試驗時亦未到場。況陳○高僅參與內部會議，作低度參與及監督、並無到場義務，其係依經驗指示每立方公尺拌合 1.5 包 50 公斤之水泥，至於實際結果則無從知悉。原判決就此攸關犯罪成立與否之事項未調查釐清，亦未詳予說明，自有調查未盡及理由欠備之違法。(2)依約，本件之重點在 MRC 之抗壓強度，與配比及化學摻料之摻加無直接相關。(3)縣府與承攬系爭工程之興○營造有限公司（下稱興○公司）間之契約文件，亦為元○源公司承包契約之一部，元○源公司應不待陽○公司之指揮，為符合契約品質之施作；且陳○高係工程後段才參與，客觀上不可能指示；材料之減省亦不影響陽○公司給付之義務，陳、林 2 人自無詐欺之動機。(4)關於偽造 MRC 之試驗報告，原判決就陳○高有如何之事前參與謀議、共犯間

如何謀議或分工，以及陳○高就後續犯行之實現具備如何不可獲缺之重要性及支配力等，均未積極證明。況行使偽造業務文書既係詐欺取財計畫之不可或缺部分，陳○高既未參與，即無從對詐欺取財有知悉或預見。

6. 林○政另稱：(1) 許○木及陳、林 2 人就 MRC 工程之工、料均已寬估予元○源公司，渠等斷無為了減省小額化學摻料及運送費用，而有不法意圖，原判決此部分之論斷有悖經驗法則；就陳、林 2 人於行為之初即有該意圖，亦未調查釐清，同有應調查證據漏未調查之違法。(2) 系爭工程契約對 MRC 拌合所需相關化學摻料之比例，並無規範，僅得憑廠商之經驗及專業；有無添加必要亦應視現場土壤性質決定。亦即，單以未添加、未報准，尚無從認定有添加之必要；更不能以陽○公司違反須經報請同意之契約從義務，遽認陳、林 2 人有不法所有意圖。(3) 法人不可能因詐欺行為而陷於錯誤，原判決卻誤認縣府陷於錯誤。(4) 原判決認藍○絃知悉許○木及陳、林 2 人指示施作 MRC 之方式未符契約規範，則藍○絃即無陷於錯誤情形。乃原判決又謂許○木及陳、林 2 人向藍○絃任職之京○工程科技股份有限公司（本院按：係受縣府委託提供設計、監造等服務之公司，下稱京○公司）施用詐術，致京○公司陷於錯誤，即有事實與理由矛盾之違法。且藍○絃有實質審查之義務，其知悉上情仍予簽認，則縣府是否陷於錯誤即繫於藍○絃之簽認，陳、林 2 人縱有施詐，與縣府之陷於錯誤間即無因果關係。

(二) 許○木上訴意旨略以：

1. 系爭工程契約為私契約，原判決誤為行政契約，並誤認系爭鑑定為行政調查之手段，又未敘明屬行政調查之法律依據，逕認為有證據能力，於法有違。且系爭鑑定另有下列情形，應認不具證據能力：(1) 非基於檢察官或法院之依法囑託，至多僅能作為彈劾證據；(2) 鑑定人不具經驗及專業能力；(3) 本件不適合以鑽心方式檢驗，且鑽心取樣時未明載其過程及相關數據；鑑定人更僅以目視方式檢視，未進一步送實驗室以科學方式檢驗，不備信度及效度；(4) MRC 之生產方式及拌合配料之配比成份，均非 MRC 品質之判斷依據；MRC 之施

作，其關鍵要求為是否符合契約要求之抗壓強度，而系爭鑑定卻明載「鑑定標的物強度無法由現場判定」，足見無法判斷 MRC 之平均抗壓強度，而不具關連性；(5) 非特信性文書，且原判決依刑事訴訟法第 159 條之 4 規定，認屬傳聞之例外，惟系爭鑑定屬科學證據，仍不因此而異其信度及效度之要求。

2. 本件共同被告及其辯護人於第一審及原審均曾就法務部廉政署（下稱廉政署）之筆錄質疑其可信性；縱無違法取證，然詢問時之客觀環境已妨礙陳述人之自由陳述。因此，黃○元雖已死亡，仍應就其供述之可信性詳為調查。乃原審僅以黃同元於廉政署之陳述（下稱警詢陳述），係於一問一答之情形下所為，且無證據證明有何受外力干擾而有違法取證之處，客觀上有可信之特別情況，且為證明犯罪事實所必要，而認具證據能力云云，有理由不備之違法。
3. 系爭工程既已由陽○公司轉包予元○源公司承攬，MRC 回填工程部分即應由元○源公司依約施作。且依約，MRC 不以預拌廠生產者為限，得選擇在工地以機拌或人工拌合方式為之，亦毋需事先取得書面同意，有關配比更無明確規範要求；再對照藍○紘亦知 MRC 有現場拌合之事實而未陷於錯誤，其更未曾提出或主張如此施作係偷工減料等事實，即難想像許進木有何施詐行為。何況本件經縣府要求重做、減價、罰款後，縣府已無損失。
4. 許○木就系爭工程多以每月一次之會議控管工程進度，對其他工程細節鮮少過問，在未獲告知情形下，難以期待其知悉以 1 立方公尺原土拌合 1 包水泥所澆置成之試體成形效果不佳。且客觀上，以 1 立方公尺原土拌合 1 包水泥，已難謂不能達到契約要求之品質；另依陳、林 2 人、葉○辰及洪○祥之有利許○木之警詢陳述，更無從認定許○木主觀上明知以前揭比例拌合，工程將有瑕疵。原判決未援用陳○高等人之警詢陳述，作為彈劾黃○元、吳○源陳述之證明力，有判決不備理由之違法。縱認以上開配比施作係偷工減料，若未偽造 MRC 之試體試驗合格報告，仍不致使縣府陷於錯誤。亦即偽造 MRC 之試體試驗報告與否，係詐欺罪成立之重要關鍵。原判

決既未認許○木參與偽造 MRC 之試驗報告，顯見其他共同被告偽造並行使試驗報告，已逾越許○木可預見之範圍。原判決就許○木犯罪有關之事項，俱未於理由中說明，即有判決不載理由之違誤。

5. MRC 回填，並非系爭工程之主要工項，施作金額僅占系爭工程總額之 0.89%，許○木並無貪圖小利而冒犯重罪風險之必要，縱有違反施作程序，應屬債務不履行問題。原判決為許進木有罪之認定，有悖經驗法則及論理法則。

6. 本件挖除、重做及罰款之支出，均屬成本，原審未調查審酌，逕認陽○公司獲 398 萬餘元之利益，有調查未明之違法。且陽○公司因此已毫無所得，自不該當詐欺罪之構成要件。

7. 原判決認陳、林 2 人及許○木利用不知情之元○源公司遂行犯罪，但是否成立間接正犯漏未敘明，判決理由未備。

(三) 藍○絃上訴意旨略以：

1. 原審為藍○絃有罪之認定，然所憑之依據是否達於通常一般之人均不致有所懷疑之程度，尚有疑問，不無違背法令之疑義。

2. 原審 107 年 7 月 12 日審判記載參與審判之法官為王紋瑩、李水源及李佩瑜，此與本件判決所載參與判決之法官王紋瑩、邱志平及李佩瑜，並不相同。

3. 原判決有關犯罪事實之時間、地點，如藍○絃係於何時、何地以京○公司名義發文，以及字號為何等，均未予記載，判決理由同未明確為相應之記載，於法有違。

四、惟查：

(一) 陳、林 2 人詐欺取財上訴部分

1. 本件原判決係認陽○公司關於 MRC 之施作，不合系爭工程契約及施工規範要求；至於縣府建設處之鑽心開挖取樣及系爭鑑定結果，並非全部不合格，則為原判決所為前開認定之論據之一，此與法律規定判決理由矛盾之違法情形，顯然不同。上訴意旨三(一)1. 之指摘，應有誤會。

2. 元○源公司係陽○公司之分包商，雙方簽有契約，元○源公司應依約負責施作系爭 MRC 回填工程，並無疑義。然原判決係以元○源公司總經理黃○元證稱：簽約時有問許○木 MRC

怎麼做，許○木說以水泥加原土自拌就可以，契約並沒有要求辦理過篩，元○源公司沒有過篩機具，且過篩耗費人工及時間；許○木說 1 立方公尺現場挖起來的原土，加 50 公斤的水泥攪拌，後來也沒有變更合約或價格，許○木也沒有叫我們拌合時要加早強劑、粗細骨材，我們小包也沒有這個設備；元○源公司之工地主任吳○源證稱：許○木當時說 1 立方公尺現場挖起來的土，加 50 公斤的水泥攪拌，簽約時有問許進木 MRC 怎麼做，許○木說以水泥加原土自拌就可以，粗細骨材是要篩選，早強劑是要拌合機去拌的，我們在合約單價都沒有提到這些材料的錢，且如果人工去拌這些料，不如叫混凝土出料，人工根本不可能拌得均勻，許○木沒有叫我們拌這些；元○源公司與陽○公司的約定就是 1 立方公尺的原土拌 50 公斤水泥，沒有添加其他東西，沒有過篩，只有用挖土機粗篩各等語，而認陳、林 2 人、許○木指示元○源公司將所開挖之土石方，僅用怪手挖斗初篩，再以每 1 立方公尺添加 50 公斤水泥之比例，以人工方式拌合後充作 MRC 材料回填（見原判決第 14、15 頁），並謂：陽○公司與元○源公司簽訂之契約是否為統包，與系爭工程有無偷工減料實無關連，況且許○木指示元○源公司施作 MRC 之方式，與系爭工程之施工規範迥然不同，二者之計價方法自有差異，不能以統包與否，持以認定本案是否為偷工減料等情（見原判決第 16 頁）。可見原判決認定元○源公司係依雙方之契約並依陽○公司之指示施作，並無矛盾或不依證據認定事實情形。至於縣府發包之系爭工程之契約，亦為陽○與元○源公司契約之附件，元○源公司是否知悉附件契約之內容或略而不做，係其是否履約問題；該公司實際施作後發見路面下陷是否回報予陽○公司，以及陽○公司於訂約時有關 MRC 工、料之計價是否寬估予元○源公司等；均不影響於本案判決結果。且依前述黃○元及吳○源之證述，可知元○源公司之施作方式較為簡省，並係以雙方之契約及證人所述之方式計價，難認陽○公司無偷工減料之動機，或原判決關於此部分之認定，有何陳、林 2 人所指之違背經驗法則情形。陳、林 2 人前述三(一)2. 及 6. (1) 之上訴意旨，自非合法之上訴理由。三(一)

3. 之上訴意旨，則未就原判決有如何違法情形為具體指摘，而僅單純為事實有無之爭執，同非適法之上訴理由。
3. 有關本案共犯為陽○公司詐得之利益，原判決係以 MRC 累計施作數量為 6889.2 立方公尺，其中之 546 立方公尺係以購得之預拌混凝土施作，其餘之 6343.2 立方公尺與契約規定不合，應拆除重做，不應估驗計價，乃以單價分析表所列每立方公尺 629 元計算，合計詐得 398 萬 9872 元之不法利益，已敘明其依據及理由（見原判決第 6、20 頁）。亦即原判決認本案之 MRC 工程不合契約規定，且比例頗高（詳後述），為合於契約規定應拆除重做，並以拆除重做所應支出作為計算基準，而與陽○公司或元○源公司支出之成本、費用若干無關，自無應予扣除之問題；且此部分工程因偷工減料而重做、被減價及罰款後，陽○公司是否已無所得，亦與詐欺行為之成立無關。上訴意旨三(一)6. (3)之上訴，係就已經原判決論斷、說明之事項，再為爭執。至於原判決認陳、林 2 人及其他共犯利用不知情之元○源公司遂行犯罪，卻未論以間接正犯部分，固有微疵，然並不影響於判決之結果，亦與判決違背法令之違法情形不同。上訴意旨三(一)4. 部分之指摘難謂係合法之上訴理由。
4. 原判決就 MRC 之施作及其方式，陳○高或林○政曾對元○源公司有所指示，已如前述；而其指示之方法違反系爭工程契約之施工規範、係偷工減料，多數不合契約要求之品質，經元○源公司反應後，仍要求續做，而認陳、林 2 人及許○木就本案之詐欺犯行有共同犯意，已詳敘其所憑依據及認定之理由（見原判決第 13 至 20 頁），前述三(一)5. 上訴意旨，陳天高係就已經原判決論斷、說明之事項，或僅就如何指示、是否在場、是工程之後階段才參與、可否監督元○源等細節事項，再事爭執，均難認與合法之上訴理由相合。
5. 以 MRC 材料回填施工時，MRC 可為預拌混凝土、工地機拌或人工拌合為之；如利用工地開挖之土石做為 MRC 者，須合契約規定，且應依工地開挖土方性質試拌後彈性調整所需拌合料配比成分，報請京○公司及縣府同意方得施作；本件係利用工地開挖之土石做 MRC，但陽○公司並未報請同意等事實

，已經原判決認定明確（見原判決第 3、12 至 14 頁），且有施工規範可按（見非供述證據卷（一）第 22 頁）。況陽○公司與元○源公司間之契約，以及陳、林 2 人對元○源公司指示施作之方式，均與施工規範不合，且事先未得同意，事後鑑驗結果亦不合約定（詳後述），陳、林 2 人更積極登載不實事項於文書上，意圖矇混，實難認無不法之意圖。前述三（一）6. (2) 林○政上訴意旨，亦係就已經原判決論述之事項再為爭執，非屬合法之上訴理由。

6. 原判決事實記載：陽○公司指示元○源公司以不合契約方式施作 MRC 回填，為掩飾上情，並使試體能檢驗合格，竟以不合契約方式澆置試體，並登載不實事項於「混凝土試體試驗委託單」上，待獲得合格之試驗報告後，即依規定程序報請縣府估驗，致縣府不知情之承辦人楊○庠陷於錯誤等語（見原判決第 4 至 6 頁）。並無有關法人（縣府）因詐欺行為而陷於錯誤之相關記載。其次，原判決認藍○紘為受機關委託提供採購審查、監造之人員，明知陽○公司指示元○源公司利用工地開挖之土石方做為 MRC 材料，卻未依約先報請京○公司及縣府同意，係違約逕自施作；且依約應取樣 67 組試體進行檢驗，陽○公司僅製作 10 組試體試驗，與契約規定不合，應拆除重作、不符估驗計價，但藍○紘卻未為之，反而以京○公司名義發文「審核無誤」等內容，陳報予縣府，而為不實之審查等情（見原判決第 6 頁）。亦即僅認定藍○紘知悉元○源公司係以前開方式施作 MRC 材料但未依約先獲同意，且送驗之試體數量不合，並未認定藍○紘知悉元○源公司利用工地開挖之土石方所做之 MRC 材料不合品質規定，亦未認定京○公司陷於錯誤。林○政以原判決之認定前後矛盾，並以本件已因藍○紘之審查而中斷因果關係云云，顯未依卷存資料為具體指摘，而非適法之上訴理由。

（二）許○木上訴部分

1. 有關係爭鑑定之證據能力：

按行政程序法第 36 條規定，行政機關應依職權調查證據；同法第 41 條並規定行政機關得選定適當之人為鑑定。系爭鑑定係因縣府相關單位會同興○公司及京○公司等人員，自 102

年9月11日至同年10月1日，前後9日，就系爭工程，在相關地點，實施現地鑽心檢驗，結果顯示MRC鑽心試體多數無法呈現柱體型或厚度明顯不符契約規範情形，惟因興○公司對上開抽查結果之公信力存有疑慮，縣府乃於102年10月21日委託臺灣省土木技師公會鑑定，此有廉政署偵查報告（102年度他字第978號卷第1至4頁）、相關稽核紀錄、簽到表、照片及系爭鑑定報告可按（見非供述證據卷（一）第35至191頁）。亦即縣府前述之稽核檢驗，以及委託鑑定，均係本於職權，依法行政，於法並無不合。惟系爭鑑定因非由檢察官或法院依刑事訴訟法第208條規定囑託做成，而屬被告以外之人於審判外之書面陳述，不能認係該法所定之證據方法。然系爭鑑定事涉公益且具時效，行政機關為及時取得現場且具價值之資料，委託適合之機關或人員鑑定，確有其必要。因此，若能擔保鑑定人之適格，鑑定方法及過程符合一般程序，並使實施鑑定之人到庭，賦予當事人就以上事項詰問之機會，經法院判明後，應認具有證據能力。經查，系爭鑑定已明確記載建築技術規則及臺灣省土木技師公會鑑定手冊為其鑑定依據之一，且實際實施鑑定之林○龍及林○銓，均係取得合格證照之土木技師，並已於系爭鑑定上簽名（見非供述證據卷（一）第163頁），嗣更經第一審法院傳喚到庭，於具結後，以證人身分，就受託鑑定之經過、鑑定方法是否適當，以及過往之鑑定經驗等相關事項，接受當事人詰問；有關合格與否之判別標準及鑑定結果之形成，亦經當事人詳予詰問（見第一審卷二第221頁以下），應認系爭鑑定具證據之適格，且屬已經法院合法調查之證據，而得作為事實認定之資料。林○龍及林○銓雖前無污水下水道工程及MRC工程之鑑定經驗，且系爭鑑定經開挖後僅以目視鑑別，並未送實驗室（見同上卷第222頁反面、第226、227、233頁），許○木據此質疑系爭鑑定之信度及效度。然依上二證人之陳述，可知本件MRC之強度不在本次鑑定之範圍，其是否合格，為開挖出來後測量其厚度並以目視判別是否含水泥成份並結塊，若未結塊即不合格，並稱：MRC的精神是拿原來開挖之土壤在現地或回一般工廠拌合，做成強度混凝土，只要有強度

一定會結塊、有結塊才有強度，若只看到水泥，用強度來壓也不會達到 20，起碼要符合每平方公分 20 至 70 公斤的強度，沒有結塊就不符合 25 至 75 的強度，我們要判斷很簡單，幾乎是從零開始，沒有結塊就不對，若沒有強度，只看到水泥就像一盤散沙；取現場原土做拌合，會影響到材料品質，上下會差很多，因為不是工廠裡面製造，不用骨材，是用一般的混凝土去做，是混到現場之原土，所以要做到 25 至 70 之間，真的不好做，強度不好控制；最貴的是送回預拌混凝土廠；以目視判別，有跟現場余○琳（本院按：係興○公司人員——見非供述證據卷（一）第 187 頁鑑定會勘紀錄）技師說明各等語（見同上卷第 226、227 頁、第 234 至 236 頁）（本院按：依施工規範，28 天齡期之平均抗壓強度為每平方公分大於 25 公斤，小於 70 公斤——見非供述證據卷（一）第 22 頁）。可知 MRC 之材料是否合格，其鑑定及判斷之方法均非繁難，證人既具土木技師資格，對 MRC 之精神及合格與否之判準均已詳細說明，且告知在場之廠商，不應認渠等前無此方面之鑑定經驗，即認不具鑑定之專業資格。此由前述稽核紀錄所載之稽核結果，記載 MRC 之厚度及沒有成型、未成柱狀、沒有 MRC 等，亦可印證。甚且早在前述稽核、鑑定前，即 101 年 12 月 6 日之查驗，已明確記載其缺失為：人孔周邊多功能再生混凝土回填不足，違反合約規定，應全面挖除重做；其預防措施則記載為：現今回填用之多功能再生混凝土，已全部由混凝土預拌廠出料，不再由工班自行拌合各等語，其上並有陳○高之簽名（見非供述證據卷（二）第 359 頁缺失改善通知單）。原判決就系爭鑑定說明其得為證據之理由，依上述之說明，於法並無不合，許○木就已經原判決論斷之事項，再為爭執，自非合法之上訴理由。又原判決並未認系爭鑑定係刑事訴訟法第 159 條之 4 規定之特信性文書，許○木關於此部分之指摘亦有誤會，併予敘明。

2. 黃○元警詢筆錄之證據能力：按被告以外之人於審判中死亡者，其於司法警察官調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款定有明文。查黃○元於廉政

署詢問時之審判外陳述，原判決已敘明：黃○元嗣於 105 年 8 月 7 日死亡，核其陳述，係於一問一答之情形下所為，且無受外力干擾而有違法取證之處，客觀上有可信之特別情況，且為證明犯罪事實所必要，得為證據等語（見原判決第 7、8 頁）。觀諸黃○元之筆錄，確為一問一答，對各項詢問回答自然、詳細，且約每隔 1 小時即休息一次，迨其後檢察官訊問時，並未爭執其警詢所述曾受不當之外力干涉（見供述證據卷(二)第 207 頁以下、103 年度偵字第 3890 號卷第 171 頁以下），加以黃○元是元○源公司之總經理，親自參與系爭工程之經過，所為之陳述與本案密切相關，自屬證明相關被告犯罪存否所必要。原判決關於此部分之說明，雖較簡略，然與判決不備理由之違法情形，仍屬有間，不能指為違法。許○木或其辯護人於原審並未質疑黃○元之警詢陳述之任意性，其於上訴本院後始為該等主張，於法亦有未合。

3. 系爭 MRC 之回填，經縣府鑽心開挖取樣 59 處，初判發現多達 48 處品質不合格；再將前述初步判定結果合格處開挖 2 處、不合格處開挖 4 處，送臺灣省土木技師公會鑑定，鑑定結果有 2 處合格，4 處不合格之事實，已經原判決敘明所憑之依據；有關藍○紘所辯縣府及系爭鑑定以鑽心及開挖等鑑定方式有所錯誤云云，亦已說明不可採之理由（見原判決第 16、17 頁）。而許○木知悉陽○公司與元○源公司簽訂契約中有關 MRC 部分，並不符合系爭工程契約之施工規範；許○木及陳、林 2 人均知悉元○源公司受指示以上開方法施做 MRC 回填，多數均無法符合規定之品質；嗣元○源公司依雙方之契約（每立方公尺原土拌合 1 包 50 公斤水泥）及陽○公司人員之指示施作結果，發生下陷，曾向陽○公司反應，但包括許○木在內之陽○公司人員仍指示依原來方式繼續施作，以及許○木如何有主觀之詐欺犯意及客觀之詐欺行為等事實，均經原判決認定明確（見原判決第 13 至 20 頁）。至於陳、林 2 人、葉○辰、洪○祥等人，有關許○木就前述不合施工規範之 MRC 知悉與否，以及如何監督等相關事項，有利於許○木之陳述，原判決雖未逐一指駁不可採之理由，然原判決係綜合陽○公司與元○源公司簽訂之契約，以及陳、林 2 人、黃○源

及吳○源等人之陳述，而為前開認定，係本於證據取舍之職權行使，且已詳予說明其得心證之理由，自係當然摒除其餘證人所為有利於許○木之證言，原判決雖漏未說明，因不足以動搖原判決關於此部分犯罪事實之認定，於判決結果不生影響，而與判決不備理由之違法情形不合。許○木其餘上訴意旨，除與陳、林 2 人上訴意旨重疊部分因已說明如前，不再贅述外；其他部分之指摘，或係對原審認事、採證之職權行使及證據證明力之判斷，依憑己見任意指摘，或僅單純為事實上之爭執，或就不影響於犯罪事實認定之枝節事項為爭辯，均與法律規定得上訴第三審之違法情形有別。

(三) 藍○紘上訴部分

1. 有關本件合議庭之成員，原審 107 年 7 月 12 日審判筆錄及原判決，均記載為王紋瑩、邱志平、李佩瑜，此觀該筆錄及判決書即明（見原審卷二第 111 頁、第 187 頁反面）。藍○紘上訴關於此部分之指摘與卷內資料不符，難謂係合法之上訴理由。
2. 關於犯罪時、地，如非犯罪之構成要素，而與犯罪之同一性無關，判決書縱未詳細記載，因不影響於判決，即不能指為違法。原判決事實欄記載：藍○紘意圖為陽○公司之不法利益，明知該公司指示元○源公司利用工地開挖之土石方做為 MRC 材料，未先報請京○公司及縣府同意，與規定不合；且民政一標自 100 年 11 月 1 日至 101 年 11 月 30 日 MRC 累計施作數量達 6889.2 立方公尺應取樣 67 組試體進行檢驗，陽○公司卻僅製作 10 組，與契約規定不合，應通知拆除重作、不得估驗計價，但藍○紘卻未為之，反而以京○公司名義發文「審核無誤」等內容，陳報予縣府，以此方式違背法令而為不實之審查，致不知情之縣府相關公務員誤認上開已鋪設之 MRC 工程材料、施作品質合於契約規範而核發估驗款，使陽○公司詐得 398 萬 9872 元之不法利益等語。對於系爭工程之採購，受託審查、監造之藍○紘，意圖為陽○公司之不法利益，為違反法令之審查，因而使陽○公司獲利等政府採購法第 88 條第 1 項規定之構成要件，已記載明確；且該等記載係延續許○木及陳、林 2 人之前開詐欺甚至登載不實文書而來，依

判決書事實欄之全篇文意，足以特定本件犯罪事實之內容，不致混淆，而影響同一性。因此，原判決事實欄就藍○紘於何時、地發文京○公司，文號為何等雖未記載，判決理由亦未敘明，仍不能指為違法。藍○紘其餘上訴意旨並未依卷內資料具體指摘原判決有如何違法情形，亦非合法之上訴理由。

五、依上說明，陳、林 2 人之詐欺取財部分，以及許○木、藍○紘上訴部分，均不合法律上之程式，俱應予駁回。又陳、林 2 人詐欺取財部分之上訴因違背法律上之程式應予駁回，則渠等想像競合所犯刑法第 216 條、215 條行使業務登載不實文書部分，既經第一審及原審判決，均認有罪，即屬刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 1 款所定不得上訴第三審法院之案件。陳、林 2 人就得上訴第三審之詐欺取財部分之上訴既不合法，應從程序上予以駁回，關於行使業務登載不實文書部分，自無從為實體上之審判，應一併駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第 395 條前段，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 11 月 28 日

最高法院刑事第九庭

審判長法官 林 立 華

法官 謝 靜 恒

法官 楊 真 明

法官 李 麗 珠

法官 林 瑞 斌

本件正本證明與原本無異

書 記 官

中 華 民 國 108 年 11 月 28 日

資料來源：司法院最高法院刑事裁判書彙編第 79 期 284-300 頁