



2015廉能學術研討會 防貪策略的聚焦與創變



採購貪污與圖利罪之研析 —以民間參與公共工程、虛偽規格圖說 及同等品驗收不實為例

報告人：國立中正大學 犯罪防治學系許華孚教授兼系主任

時間：2015年8月5日

地點：法務部司法官學院

許華孚 教授簡歷

英國艾賽克斯大學（Essex University）

犯罪社會學碩士、博士

國立中正大學犯罪防治學系專任教授

暨系主任、所長

國立中正大學犯罪研究中心執行長

國立中正大學防制藥物濫用教育中心

執行秘書

台灣青少年犯罪防治研究學會理事長

中華民國犯罪學學會副理事長

亞洲犯罪學會理事

壹、前言

- 2003年10月31日聯合國大會通過「反貪腐公約」(United Nations Conventions against Corruption, 簡稱UNCAC)。
 - 30個簽署國之國內最高立法機關批准後90日，於2005年12月14日生效。
 - 第6條「預防性反貪腐機構」(Preventive anti-corruption body or bodies)
 - 第36條「專職機關」(Specialized authorities)
 - 我國法務部廉政署2011年7月成立迄今。
- (在聯合國反貪腐公約生效之前，我國即已具體實踐於國內法規範)

■ 法務部廉政署2013年工作報告偵辦採購貪瀆案件比例

2013年度	總數	採購貪瀆 (件數)		比例 (%)
廉立 (立案偵查)	2,177	330		15.16%
廉查 (交肅貪組、 地區調查組)	554	159	一般採購：102	28.7%
			工程採購：57	

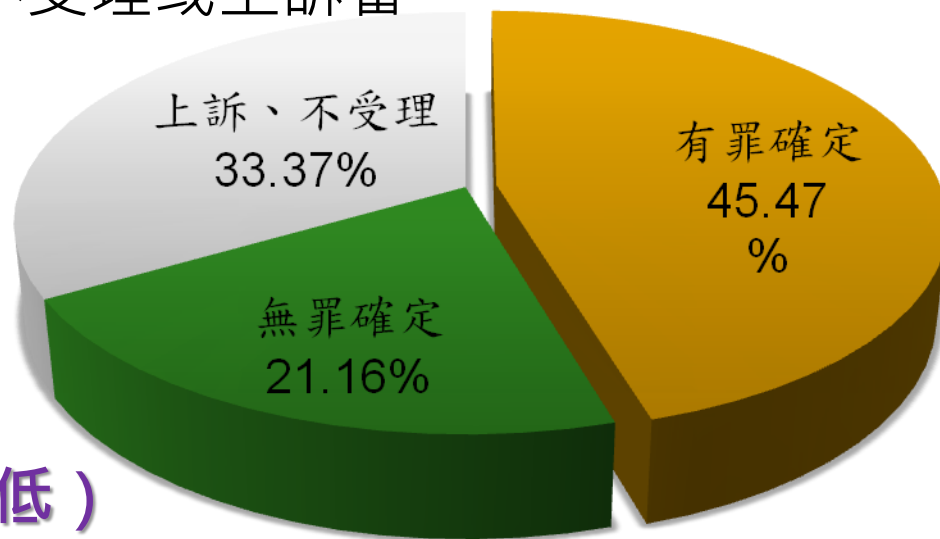
- 若自2011年7月至2013年12月為貪瀆案件類型統計期間，則「廉查」字之「一般採購案件」增至195件（15.06%），「工程案件」增至134件（10.35%），為案件比例最高、次高之類型。
- 其他案件類型（數量）
- 廉立：司法297件（13.64%）、警政224件（10.29%）、教育165（7.57%）、醫療141(6.47%)。
- 廉查：教育40、環保35、關務34、警政28。

- 2000年7月至2013年12月，地方法院檢察署偵辦貪瀆案件累計起訴6,779件，起訴人次1萬9,227人：
- 起訴案件貪瀆金額：356億4,016萬2,884元。

2000-2013貪瀆案件判決狀態	人次（數）
已確定判決（有罪、無罪、免訴）	1萬2,851人
以貪瀆罪起訴經判決有罪者	5,673人
以非貪瀆罪起訴經判決有罪者	2,271人
總計有罪判決	7,944人

- **確定判決定罪率：61.8%。**
- 法務部廉政署2013年工作報告分析結論進一步指出：
「貪瀆案件之定罪率，因85年10月23日貪污治罪條例第6條第1項第4款、5款構成要件修正為結果犯，及95年7月1日刑法修正條文施行後，公務員定義範圍限縮，致與全般刑案定罪率相比較低」。

- 司法院1994年「臺灣地區司法偵貪瀆案件之統計分析」報告
- 1984至1994年間
- 各地方法院暨分院（一審）貪瀆案件終結：
- **有罪：4,541人（占45.47%）**
- **無罪：2,113人（占21.16%）**
- 其餘案件（33.37%）為不受理或上訴審。



- 貪污案件實務特性
- 「無罪判決比例高」
- 「上訴比例高」（折服率低）
- 「撤銷發回比例高」（維持率低）

- 監察院司法及獄政委員會2009年2月11日第4屆第8次會議決議，就我國實務上貪瀆案件之定罪率問題，進行專案調查（**2010/01/13**，字號：**0980800106**）研究指出：
 - 司法院統計2001年1月至2008年12月刑事案件於各審級法院確定平均定罪率為 **87.72%**。
 - 貪污治罪條例案件於各審級法院確定平均定罪率則為 **48.52%**，未及起訴案件之半數。
 - **貪瀆案件之低定罪率顯著，尤其在「圖利罪」案件：各審級法院確定案件定罪率，2001年至2008年間，平均僅16.51%**
（最高為2006年36.84%，最低為2001年7.09%）。
 - 研究報告結論：「圖利罪之構成要件涉及不確定法律概念，與便民難以區隔，致司法權輕易介入行政權核心領域，影響現代法治國行政之積極性與效率性，允宜審慎研究除罪化必要」。



- 貪瀆案件定罪率係依「人數」計算（意即：並非以案件數計算，多數貪瀆案件為共同被告案件）
- 且若檢察官起訴5罪，最後判決確定者僅其中1罪有罪，有罪罪名縱非屬貪污治罪條例所定貪瀆罪名，亦屬貪瀆案件有罪定讞。
- 例如以圖利罪起訴時，不僅只有該貪污治罪條例之罪嫌，亦同時起訴其他刑法偽造文書等罪嫌，**嗣法院判決圖利罪部分無罪，但判決偽造文書罪有罪定讞，亦屬貪瀆案件有罪定讞。**
- 貪瀆案件定罪率之計算方式如此寬鬆，近 10 年之統計仍僅5成左右，圖利罪約3成，遠低於一般刑案8成以上之定罪率。
- 《貪瀆案件定罪率之探討》，監察院專案調查研究報告（字號：0980800106），2011年5月，頁1。

- **監察院2013年12月12日《1020800181號》調查報告**
- 「檢調單位偵辦公務機關辦理公共工程採購人員涉嫌貪瀆圖利案件，經起訴後之定罪率甚低，最終雖還其清白，然動輒起訴，嚴重打擊公務員勇於任事意願，使政府施政趨於保守，影響政府效能及我國國際競爭力甚鉅」。
- 究圖利罪相關構成要件之規定是否周延？檢調單位是否為求績效濫行調查起訴？是否影響政府效能及打擊公務員士氣？容有深入瞭解之必要」

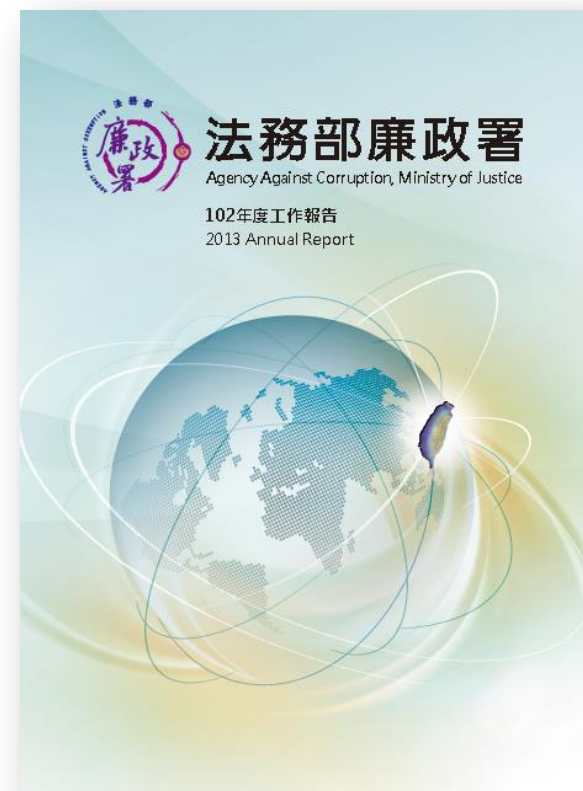
指明：貪污案件，乃至工程購案件之低定罪率（法務部統計2008年至2012年定罪率平均為33.2%；工程會統計2007年至2011年平均定罪率25%）問題。



- 案經向權責機關法務部與工程會，調取有關辦理工程採購之公務員遭以圖利他人罪嫌檢舉、調查、遭起訴後之定罪率為何及是否較一般公務員涉犯圖利罪定罪率為低等資料。
- 法務部統計97至101年公務人員瀆職及貪污犯罪者職類及裁判確定情形定罪率平均為46%。其中**建設及工程人員職類瀆職及貪污犯罪裁判確定情形定罪率平均為33.2%。**
- 工程會統計96年至100年建設及工程人員職類瀆職及貪污犯罪裁判確定情形定罪率平均**25%。**
- 數據觀察：建設及工程人員職類瀆職及貪污犯罪定罪率，均較一般公務人員瀆職及貪污犯罪低。

《監察院1020800181號調查報告》，102年12月12日，頁7至8。

- **廉政署2013年工作報告「成果案例選輯」「再防貪作為」**
- 列舉該署2013年代表性案件10件
- （利用職務上機會詐取財物罪2件、違背或不違背職務收賄罪7件、公務員洩漏或交付國防以外秘密罪1件）
- 偵辦洩密案件3件
（均為公務員洩漏或交付國防以外之秘密罪）
- 行政肅貪案件6件
（利用職務機會詐取財物1件、公務員登載不實3件、行政違失責任1件、收受賄賂1件）
- 刑事案件10件
（收受賄賂或不正利益6件、瀆職與殺人未遂1件、利用職務上機會詐取財物3件）
- **幾無圖利罪案件之成案適例**



最高法院101年台上字第3385號判決

(高雄捷運「獎勵民間參與交通建設」案：「高捷獎參案」)

- 一審：2003年間檢方以「違背職務上行為收受（交付）賄賂罪」起訴，並追加起訴圖利罪，經一審判決（高雄地院96矚重字第1號）部分被告「職務收賄」部分有罪，部分被告「圖利罪」部分無罪。
- 二審：臺灣高等法院高雄分院（96年度矚上重訴字第3號判決），以部分被告涉犯「背信罪」及「商業會計法」第71條第1款之「明知為不實之事項而記入帳冊罪」撤銷改判（一審圖利無罪部分維持）。
- 最高法院101年7月5日判決駁回被告等上訴，全案確定（背信、登載不實部分有罪；收賄、圖利部分無罪）。
- 經查考本案判決心證理由重點，即涉及依照獎參條例興辦之BOT（Build, Operate and Transfer）民間參與模式工程，「興建營運合約」之公私法契約性質釋疑，以及「評決小組」委員之公務員身分認定。

最高法院101年台上字第3385號判決

(高雄捷運「獎勵民間參與交通建設」案：「高捷獎參案」)

一審 判決	判決 字號	判決 日期	「興建營運合約」公法 ？私法？性質	評決小組委（委託） 公務員身分？
高雄 地院	96年度 重矚字 第01號 （94重 矚05號 ）	96年7月 31日	高雄市政府對於由國家 預算所編列支付之六個 區段標之招標、審標及 決標等事務之處理， 本 屬執行公權力之行為 ， 而高雄捷運公司則依興 建營運合約受高雄市政 府委託辦理「公開六標 」工程發包作業。	評決小組中由高雄市政府指派之委員 均應 認係受高雄市政府之 委託代為執行高雄市政府監督辦理公開招 標作業此公共事務之 人員， 有受託公務員 之身分，自屬新刑法 所稱之公務員。
部分被告「職務收賄」 ：有罪 部分被告「圖利罪」： 無罪				

（高雄捷運「獎勵民間參與交通建設」案：「高捷獎參案」

終審 判決	判決 字號	判決 日期	「興建營運合約」公法 ？私法？性質	評決小組委（委託）公 務員身分？
最高 法院	101 年台 上 3385 號判 決	101 年 7 月 5 日	高雄捷運公司既經高雄市政府依甄選程序，取得本件捷運工程之興建營運特許權，其中「公開六標」非自償部分，依 興建營運合約第8.1.8條約定 應由高雄捷運公司「自行辦理」，仍屬興建營運合約之一部，並非高雄市政府依法委託。至「公開六標」雖應公開招標，但無政府採購法之適用，其目的在於使高雄捷運公司股東以外之廠商亦有參與投標之機會。且評決小組之職權為審定招標文件、招標公告、評決開標結果及決標等事項，決標結果尚須高雄捷運公司董事會通過自非受託執行公權力或公共事務。	民間機構為實現交通建設之興建、營運所需之採購行為，乃居於私人地位之私經濟活動，而非受託從事公共事務，並無行政機關依法行政原則之適用，自亦不生採購公正性客觀性及信賴性之保護問題。此觀促參法第四十八條規定「依本法核准民間機構興建、營運之公共建設不適用政府採購法之規定。」益臻明瞭。故民間機構因履行投資契約其承辦採購事務之人員即非刑法第十條第二項第一款後段或第二款所定之公務員。
●背信、登載不實部分：有罪 ●收賄、圖利部分：無罪				

最高法院102年台上字第4887號判決

(臺北車站「促進民間參與公共工程」案：「臺北車站促參案」)

- 「臺北車站促參案」，則朝向收賄罪之對價關係與證據證明力為論辯重點，被告經檢方以「對於職務上行為收賄罪」起訴，經臺北地方法院96年度訴字第553號判決無罪。
- 復經上訴臺灣高等法院（98年上訴字第3419號判決）維持無罪判決，上訴至最高法院99年台上字第4082號判決撤銷發回，**再經臺灣高等法院99年上更（一）字292號判決撤銷改判被告「對於職務上行為收賄」罪**，上訴至最高法院101年台上字第4315號判決再度撤銷發回，嗣經臺灣高等法院101年重上更（二）字104號判決撤銷改判，又再次上訴最高法院102年台上字第4887號判決駁回上訴，全案確定（**職務上收賄，有罪判決確定**）。
- **觀諸本案，在初審與上訴審來回之間，著重於證據證明力之論辯證，尤其在更一審時，以通訊監察譯文作為證據方法，並以證人證述等證據補強作為認定被告收受賄賂之犯罪事實基礎，撤銷先前之無罪判決，厥為全案認事用法之關鍵，亦屬偵辦工程採購案件，以「收（行）賄行為及資金清查」，作為偵查核心對象之例證。**

貳、採購清單文件、驗收程序與刑事（行政）不法

■ 偵查實例說明

■ ◎虛偽規格圖說、驗收不實

- 96年8月起，被告A承辦某政府機關建案規劃，並委由該機關採購單位辦理招(決)標及履約驗結之「人工浮橋」購案期間，明知本案採購計畫清單所附「需求規格書」，載明儲存橋材所用之標準貨櫃，應為「兩側全開門」型式。
- 得標廠商即○○○股份有限公司(以下稱甲公司)，疑似為減省採購成本，向乙公司（供貨商）訂購「兩端開口」貨櫃交付驗收。被告A，逕自認定前揭交付之貨櫃型式符合採購規範需求，即以合格品驗收。

- **◎同等品審查不實、涉嫌圖利**
- 被告A明知甲公司於履約時，無法提供該公司於投標送審之規格審查表中指明「HAMMER」或「Detmers」兩種特定廠牌之「地面搬運系統」，卻審查同意該公司於98年第1次(第2批4套)驗收未能通過後，另行提出之「貨櫃搬運系統(規格、功能、效益及價格)比較表」，以利該公司向「○○企業有限公司」(以下稱丙公司)訂購價格低廉之拖板車、吊臂及引擎進行拼裝，用以供貨履約。
- 案經檢調單位接獲檢舉，認被告前揭「虛偽規格圖說」及「同等品審查不實」之犯行，共計「圖利」甲公司新台幣(以下同) 9,398萬3,866元。
- 涉犯貪污治罪條例第6條第1項第4款「對主管事務，違背法令圖利自己或他人，因而獲得利益」及刑法第213條、216條「行使公務員登載不實文書」等罪，移送檢察機關偵辦。

- **一、採購文件圖說、規格設定與犯罪認定**
- **（一）圖利罪「明知違背法令」與「直接獲致利益」之實務見解**最高法院88年台上字6685號判決、86年台上字第5083號判決、85年台上字第271號判決、75年台上字第4595號判決、73年台上字第5900號判決。
- 貪污治罪條例第6條第1項之犯罪構成要件以行為人「**明知違背法令**」為必要，並將圖利罪規定為「實害犯」。至所謂「違背法令」，依立法理由說明，該「法令」係指法律、法律授權之法規命令、職權命令、委辦規則等，對不特定多數人民就一般事項所作對外發生法律效果之規定而言。該所謂「明知」，係指須具圖利而違背法令之「直接故意」，即主觀上有違背法令以積極圖取不法利益之意思，客觀上並將該犯意表現於行為，因而獲得利益為要件。易言之，其違背之法令與圖得利益之間，必須具有相當之關聯性始足當之」。
- 「公務員對於主管或監督之事務直接圖利罪，以明知違背法令，利用職權機會或身分圖自己或其他私人不法利益，並因被告行為之結果，直接獲得不法利益為構成要件」；「公務員對於主管事務圖利罪，必須對於主管之事務有圖利之意思，而表現於行為，始與犯罪構成要件相當，不得僅以公務員所為失當行為之結果，可能使人獲得不法之利益，遽行推定該公務員自始即有圖利他人之犯意」。

■ （二）偽造文書主觀犯意採「直接故意」認定

- 最高法院46年台上字第377號判例、39年台上字第18號判例；87年台上字第1483號判決參照、96年台上字第6841號判決、93年台上1212號判決參照。
- 刑法第213條之登載不實罪，以公務員所登載不實之事項出於明知為前提要件，所謂**明知，係指直接故意**而言，若為間接故意或過失，均難繩以該條之罪。
- 刑法第213條之公務員登載不實事項於公文書罪，旨在保護公文書之正確性，以維護公文書之公信力；所謂明知不實事項而登載，祇須登載之內容反於事實之真實性而出於其直接故意者，即足當之。故公務員如明知他人製作之文書其內容係登載不實之文書，而仍直接引用該文書作為本身職務上所製作公文書之內容，自己構成刑法第213條之公務員登載不實文書罪。

- **二、驗收程序分工、行政流程與權責分析**
- **(一)「採購規格圖說文件」、「供述證據」與「驗收實況流程」之辯證**
- **1、被告A就案內貨櫃規格「虛偽圖說及驗收不實」進而圖利甲公司等犯行之供述**
- 「伊當時考量到橋材有露儲的需求，所以需要貨櫃保存，並希望貨櫃是可以兩邊開口，以利橋材的儲卸，並且加快橋材卸下貨櫃的速度，材質部分需要符合『ISO40呎標準貨櫃』，合金鋼材製成，櫃體須經防鏽、防蝕、防水處理，外觀為綠色或迷彩，規格大小為8X8X40呎。
- 因為一般貨櫃是在『8X8呎單側』開口，伊當時考量到如果可以在『8X8呎雙側』均有開口，因為兩邊開口，已較一般單側開口的貨櫃性能較優，可以符合快速裝卸的需求，因此「需求規格書」所載「兩側全開門」的規格，主要是為了達到「以利橋材裝卸及搬運」的功能，然而，全案採購契約文件，包括規格需求書內，從未明訂「標準貨櫃必須在8X40呎側開口」，若有明確記載，甲公司交付之該批「8X8呎雙側開口」貨櫃必定無法通過驗收。

- (2) 本案契約內並無貨櫃型式規格之明確圖說，只有文字記載。驗收當時，渠等所見到的貨櫃型式，與契約所載8X8X40呎標準貨櫃相符，以目視驗收外型、規格都沒有問題，**另再依契約明訂之程序，交由接收裝備單位即丁訓練中心，基於其技術能力，完成驗收階段的功能測試，出具「規格檢驗報告表」，得以證明貨櫃品項之合格認定結果。**

■ 2、證人（甲公司技術代表B）證稱

- (1) 就貨櫃開口方式曾提出說明，表示長邊（8X40呎側）開口之貨櫃，其結構可能無法負荷橋材重量，支撐力不足，亦有在搬運中變形之可能，即有安全顧慮，當時考量甲公司的說法是合理的，而且橋材還是可以裝卸，且符合規範，無需辦理契約變更。
- (2) 本次採購案**主要是購買橋材，貨櫃是屬於附屬設備，雖然投標廠商另有提出8X40呎側開口的貨櫃圖片，但沒有進一步說明商源，以致無法得知市場上是否確實有出產8X40呎側開口規格並可負荷橋材重量之貨櫃**，然無論8X40呎側或8X8呎側開口之貨櫃均符合最初設定之使用需求。

- 3、採購文件與驗收（主驗、會驗、協驗）等層次分工與究責
- （1）採購文件記載與證人供述內容是否相符？
- 「○○貨櫃屋型錄(第4頁)」、「○○興業型錄」及「○○企業型錄」等貨櫃圖說，均載明「兩側全開門(或『可改為兩側全開門』)」等文字描述，惟觀諸所附貨櫃圖說(含插圖)13幀，均難以確定圖說描述之「全開門」貨櫃，其「兩側」究指「8X8呎端(短)邊」或「8X40呎側(長)邊」。
- 又另一投標廠商即○○公司，雖於投標時檢附「8X40呎側」開口之貨櫃圖說2幀，惟於所附「8X8X40呎ISO標準尺寸貨櫃參考圖」中明文加註「修改後貨櫃即非ISO標準櫃，承載重量也因側邊開口關係影響貨櫃框架之扭曲應變能力，將降低實際承載重量，由18噸至15-16噸」、「建議採兩側臨近前後邊框處，各開一至二櫃門設計」、「保留原櫃尾門一扇，總計櫃門數3-5扇」等說明。

參、同等品驗收、採購利潤價差與圖利罪之認定

- 一、同等品審查之實務程序步驟
- （一）地面搬運系統「HAMMER」、「Detmers」等特定廠牌商名之同等品審查不實及圖利等供述（被告）
- 「本案貨櫃搬運系統，必須要有自有動力及足夠的舉重能力，得以將裝有橋材的貨櫃，裝運至搬運系統上，再由貨櫃車頭進行運送。因此在建案單位（戊）提出的規格審查表上，有說明地面搬運系統本身必須具備動力，舉重及搬運能力須達2噸(含)以上，因此在驗收階段，即需依據該項功能進行實際審查」。
- 「伊當時參加98年第二批(共4套)人工浮橋第1次、第2次驗收時，先前97年驗收第一批(共3套)人工浮橋，已通過丁訓練中心之功能驗收並撥交使用，98年驗收時，並未接獲任何關於前批(97年)地面搬運系統的問題，因此認定甲公司提出「○○（庚）公司」協同籌獲產製的搬運系統符合本軍需求，且功能效益比較表的說明均屬實」

- **（二）公開招標案件之採購文件，需有「同等品採購」規範註記**
- 按本案既採公開招標(內購物資申請書、核定書及國內財物勞務採購計畫清單參照)，為避免不當限制廠商競爭，依**政府採購法第26條第3項**「招標文件不得要求或提及特定之商標或商名、專利、設計或型式、特定來源地、生產者或供應者。但無法以精確之方式說明招標要求，**而已在招標文件中加註『或同等品』字樣者，不在此限**」。
- 次按「**政府採購法第26條執行注意事項**」**第8點第1項**「機關擬訂定之技術規格無國際標準或國家標準，且無法以精確之方式說明招標要求，而必須於招標文件要求或提及特定之廠牌時，應註明『或同等品』字樣」。
- **本案「投標須知4.6」**「招標文件中，允許投標廠商提出同等品時，欲提供同等品之廠商，應於投標文件內提出外，同時須敘明同等品之廠牌、價格及功能、效益、標準或特性等相關資料，以供審查；經審查不合格者，以不合格標處理」等明文規定。

- (三) 實際驗收流程與同等品審查
- (1) 驗收程序「誤引同等品審查」之原因探究
- 本案98年5月22日第二批人工浮橋(四套)驗收時，主驗人員G所為「貨櫃搬運系統之廠牌型號非屬契約規定，承商說明屬符合規範之同級品(請廠商備文送採購中心及陸軍工兵處審查)」之「不合格認定」，**原係出於對於案內搬運系統必須進行「同等品審查」之誤解**，以致甲公司以98年6月11日○○○字第○○○○○○號函檢附「原契約與同級品之規格、功能、效益及價格比較表」，提出「有關案內貨櫃搬運系統之性能、規格，係依據合約規範提出優於原契約所列之產品，提升本產品之功能效益，且本公司同意不增加價金」等說明。
- 然案內甲公司依前揭規格審查表「七、(二)」所載「或符合規範之『同級品』」，交付「更公司」產製之地面搬運系統，是否得「依合約規範通過驗收」，尚非前揭由被告所簽辦之同等品審查得以決定，**仍應回歸「採購清單所附需求規格書」明文記載「每套橋材須配賦貨櫃地面搬運系統乙套(組)，本身具備動力，舉重及搬運能力須達20噸(含)以上」等規格功能標準。**

- 二、犯意聯絡、收（行）賄、採購合理利潤與直接獲致不法利益之辯證
- （一）窮盡調取通連紀錄、通訊監察等偵查步驟能否證明收賄犯行？
- 甲公司縱有以規格或性能不實之貨櫃、地面搬運系統或堆高機等品項之犯意，意圖減少成本，獲取較佳商業交易利潤，然就全案擬定申購計畫清單與規格需求、參與開(招)標廠商投標文件及資格審查、履約管理、會(協)同驗收等採購行政事務以觀，是否得以證明被告A與甲公司負責人H、技術代表B或行政承辦I等人，基於犯意聯絡及行為分擔，明知違背法令而圖利、違背職務收取賄賂或明知不實事項而有登載於職務上所掌公文書或行使之犯行？

(二) 採購合理利潤之實務認定標準莫衷一是？

- 1、按貪污治罪條例第 6 條第 1 項第 5 款之「不法利益」，如「違背法令」所得之財物，是否「全部淨所得」俱為不法利益？或指全部淨所得合理利潤(以市價或未逾一般行情之利益為基準)不法利益條文內容並不明確。合理利潤如何計算，缺乏客觀之標準：政府機關編列預算所預留與廠商之合理利潤如何計算？目前實務上並無一定標準，以致於在計算上產生諸多困擾！
- 如在圍標比價得標案，工程廠商或公務員不法利益標準如何計算？目前實務上有認為工程預算之二成為合理利潤，扣除後即為不法所得 (調查局移送意見)；
- 亦有為認為浮編工程預算不法金額，可從三種方式來計算 (工程單位政風機構意見)：
 - 1.該機關最近一次類似工程採購之單價 分析表。
 - 2.該機關近三年之平均值(採購項目之單價 分析)。
 - 3.主計處每年(或定期)市場訪價或物價水準統計等相關市場調查統計表。
- 至於一般案件，法院有以市價、未逾一般行情之利益為計算標準者。
- 實務上不法利益之計算，個案不一，頗多困擾！

肆、廉政工作報告列載類案與犯罪防治 (預警作為)

- 法務部2015年施政目標與重點之「關鍵策略目標」乙項，指出「機關目標：建立廉能政府」，說明法務部將持續整合反貪、防貪、肅貪業務，推動「防貪—肅貪—再防貪」的機制，督導各級政風機構，落實內控管理，建立機關風險評估資料，透過「防貪、肅貪、再防貪」的治理機制，就機關出現潛存違失風險事件或人員，提出「預警作為」，針對行政肅貪或刑事肅貪個案，建構「再防貪措施」，以達到肅貪與防貪工作結合之目標
- 〈法務部廉政署102年度工作報告〉
- 列載「預警作為」數案，以下即就採購涉法案件與「虛偽規格圖說及驗收不實」之「預警作為」案例摘錄如下：

- **（一）最有利標之得標廠商報價與同規格產品商情差異過大，不予決標**
- ○○縣政府依經濟部能源局「擴大設置LED路燈專案計畫作業要點」辦理「擴大設置LED路燈工程」（採最有利標），政府處於開標後接獲廠商檢舉，疑有規格綁標情形。該建設處認該規格評選標準常見於國內，且為區分產品效能之差異性，經評選委員會審定之評選標準並無不妥。
- 惟查優勝廠商「○○公司」之LED路燈於該府報價每盞1萬2,434元，顯高於該公司於新北市及高雄市政府之得標價8,000元，每盞價差4,434元，總價差計1,371萬4,362元。
案經政風機構依據檢舉函提出分析，並簽請調卷瞭解，縣長遂於102年6月7日批示不予決標，避免公帑浪費且有圖利少數廠商之虞。

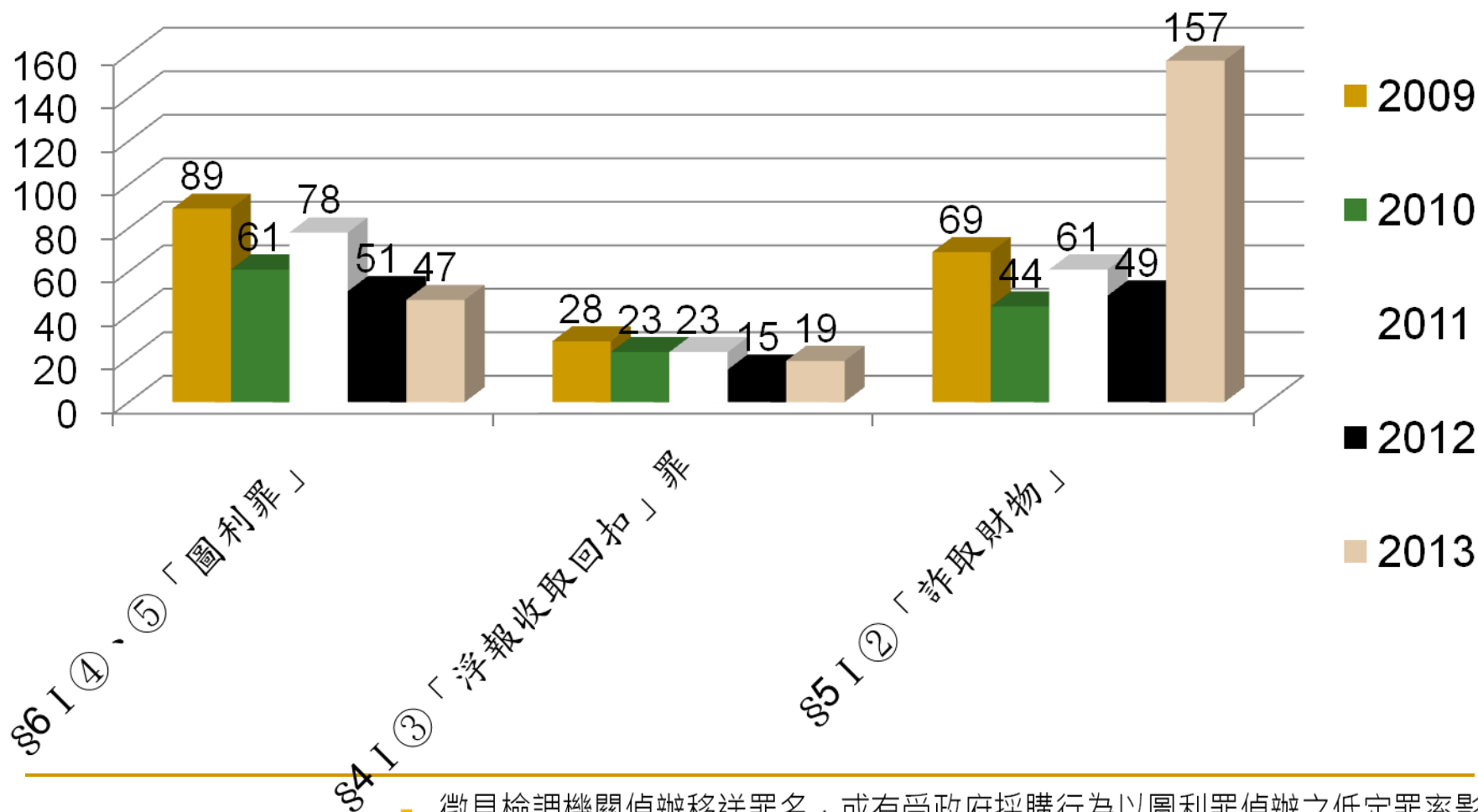
- **(二) 利用剩餘款辦理後續採購擴充，調整經費編列方案為「原購案工程款變更契約追加預算」**
- 1、○○市政府○○局於辦理「○○市○○市場遷建計畫工程」委託專案管理及設計監造勞務採購。**該工程原無後續增建停車場之需求**，經議員及攤商要求該局增建停車場。
- 惟因增建停車場之經費來源未定，故先辦理該工程1、2樓工程發包，並以工程「後續擴充採購」方式，增建3、4樓為停車場。
- 該工程1、2樓工程於決標後，主辦單位擬動支該工程發包剩餘款，先行辦理該工程第二期委託專案管理及設計監造招標作業，並提供3種經費編列方案，表示考量公平性及避免浪費公帑，該案所需經費係依據「方案二」（依據採購法工程專案管理技術服務建造費用百分比法上限76.5%計算，費用**約需2,455萬元**）計算而得。

■ (三) 要求廠商重新檢視圖說設計疏失，同意變更圖說並減少價金

- ○○市政府○○局○○處受託辦理「○○新行政中心及○○醫院新建工程（水電部分）工程案」，得標廠商針對設計監造廠商所設計部分消防設備，提出其備註說明及配線大樣圖與合約標單所列項目不同之疑義。經會勘後決議以決標文件（標單）優先適用，而欲辦理變更設計修正圖說及追加減施作工項。
- 嗣經○○處○○室發現本案標單僅標明項目金額及數量，並無規格及施作內容。且修改設計圖說，涉及施作項目規格及功能改變，若因此減省功能，應釐清減省之金額。
- 案經函請設計廠商說明，該設計廠商除坦承圖說設計疏失外，並同意於變更圖說後減省功能部分於尾款扣減10萬9,776元。

伍、結語

- 法務部調查局「2013年廉政工作年報」，統計2009年至2013年移送案件主要適用「貪污治罪條例」罪名分析：



- 徵見檢調機關偵辦移送罪名，或有受政府採購行為以圖利罪偵辦之低定罪率影響。

- 乃至貪污治罪條例第4條第1項第5款「對於違背職務之行為，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益罪」及第5條第1項第3款之「對於職務上之行為，要求期約或收受賄賂或其他不正利益罪」，自2009至2013年，**移送案件數量均維持在20至40件上下（至少21件，至多39件），收賄案件偵辦數量維持穩定，亦與透過資金清查、通訊監察、行動跟監、通聯或數位證據之採用，得以就「收賄罪」維持較高之偵查實效。**
- 文前例舉「臺北車站促參案」：雖較未涉及民間機構與政府機關間成立之投資（合建）契約關係或公務員身分認定疑義，**全案關鍵反而是在於收賄行為之客觀舉證及對價關係之認定，除通訊監察譯文之外，包括帳戶存款明細分類帳、存款往來明細表、取款憑條、買匯水單、外匯活期存款取條，扣案證物及檢察官履勘現場筆錄、模擬將賄款放入容器之錄影光碟翻拍照片、第一審與原審勘驗扣案物證容量及空間餘留情形之筆錄，均成為收賄罪之補強證據，足見參與興建公共工程案件，有關收賄罪之偵辦，取決於資金流向清查、通訊監察或扣案物證等直接證據之取得，亦需嚴謹精緻之偵查程序始得克竟全功。**

- 臺灣高等法院檢察署於2007年間成立「貪瀆案件無罪判決分析研究小組」，自2005件已定讞貪瀆案件中挑選其中64件作案例，分二階段分析結果，判決無罪原因分析結果（括號內係第2階段）：
 - 行政規定認知錯誤16次（21次）。
 - 蒐證不足15次（20次）。
 - 欠缺證據能力（證人證言、測謊鑑定報告、偵查筆錄、傳聞證據）6次（3次）。
 - 構成要件不符（行為與公務無關、欠不法利益）3次（4次）。
 - 證據與待證事實不符（認定事實未依證據）2次（1次）。
 - 賄賂之對價關係不明 2次（3次）。
 - 法律見解錯誤2次（0次）。
 - 法律構成要件變更致行為不罰 1次（1次）。
 - 被告自白與卷內證據不符0次（1次）。
 - 無公務員身分者係圖利行為之對象，不構成圖利罪之共同正犯0次（1次）。

- 貪瀆案件判決**無罪原因**占第一位者：
- **對行政規定的認知錯誤**，又可細分為：
 - 1、對行政規則及相關作業程序未查明 7 次（11 次）。
 - 2、行政疏失與犯罪故意未釐清（欠缺圖利罪之犯罪故意）3 次（5 次）。
 - 3、行為未違背法令（未違背職務、誤用行政法規）4 次（3 次）。
 - 4、行政裁量與違背法令之分際未釐清2次（2 次）。
- 臺灣高等法院檢察署全般檢討後，即明白指出所屬檢察官於偵辦貪瀆案件時，最常因行政規定及行政作業程序之不熟悉及查證不完全，致誤認被告違法；檢察官對違背法令之認知，明顯與法院心證有落差。而此項原因通常伴隨「蒐證不足」問題。
- 亦即，檢察官未能充分查證、或給予被告充分說明或提證之機會，即行起訴，**以致被告事後在審判中提出更多證據及行政規定，證明自己之行為未違法**，導致案件被判無罪。

- 「高捷獎參案」之最高法院終審判決（最高法院101年台上3385號判決參照），指出：
- 民間參與公共建設制度，係利用特許權競標方式，將公共建設交由民間機構興建、營運，以取代政府之傳統管制制度，彌補政府財政、人力、管理及效率之不足。
- 現行**獎勵民間參與交通建設條例**所形塑之**民間參與模式**，依獎參條例第六條及促進民間參與公共建設法第八條第一項第一款、第十一條等規定，**交通建設不論由政府規劃或民間規劃，民間機構均係依法律取得特許權，在政府監督、管理及擔保下，以自己名義，利用自有之資金、專業技術及經營理念，從事興建、營運等履行投資契約（特許權契約）之行為，乃交通建設之開創者與執行者，並非政府委託或移轉其興建及營運權之結果。**
- 即是實務上常見政府採購與促進民間參與案的法律基本性質釋疑，亦難免外界對於類案（例如前揭「臺北車站促參案」），即有提出司法偵審機關應妥切釐清政府採購、促參法及獎參條例案件性質予以釐清之建言...

- 法務部2015年施政目標與重點之「**關鍵策略目標**」乙項，另提出「**提升貪瀆案件定罪率**」之目標：
- 指明該部應制訂檢察署及檢察官辦理貪瀆、重大經濟犯罪案件定罪率排序表，作為考績、升遷之重要參考。
- 並請各檢察機關就貪瀆等重大及社會矚目案件，於決定上訴與否時，**應確實依照「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第134點規定**，詳實審核原裁判認定事實有無錯誤、適用法則是否恰當，以及訴訟程序有無瑕疵、量刑標準及緩刑宣告是否適當，以決定應否提起上訴或抗告。

◎檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第134點

- 檢察官應於裁判正本送至其辦公處所後，即時收受送達，不得無故擱置，致延誤裁判確定之時間。收受裁判正本後，應立就原裁判認定事實有無錯誤、適用法則是否恰當，以及訴訟程序有無瑕疵、量刑標準及緩刑宣告是否適當，分別審查，以決定應否提起上訴或抗告，不得任意擱置，致遲誤上訴或抗告期間。如認原判決量刑失當或漏未宣告保安處分或緩刑者，應即提起上訴或為被告之利益聲明上訴。其上訴書，提起第三審上訴者，必須敘述理由。上訴第二審者，雖無必敘述理由之規定，但為明瞭上訴範圍及要旨，仍以敘述理由為宜。

- 本文試舉最高法院101年台上字第3385號判決（高捷獎參案）及102年台上字第4887號判決（臺北車站促參案），並以個案分析提出採購貪瀆犯罪預警、精緻偵查內容與確保偵查成果之建議思維如下：
- **（一）建構「貪瀆預警」績效考核制度，並踐行「採購分權」流程**
- 觀諸前揭廉政工作報告（年報）列載類案與犯罪防治取向，貪瀆案件之「事前預警」已為廉政（政風）部門之重要核心工作之一，從而，各級公務機關貪瀆案件預警機制之建構，應著重公務機關採購行政流程之治理觀點（類似金融監理機構之「法令遵循」、「稽核」部門職能），並將「預警機制」之績效考核制度具體化。此外，並應落實採購案件之建案（計畫部門）、購辦（行政部門）、驗收（主驗、會驗、協驗及主計政風、財務監察部門）與使用單位之功能測試（現地驗收、目視驗收）等程序之「分權制衡」及「職能整合」，結合採購稽核工作成效，改採「預警（稽核）」與「偵辦」雙軌併行之績效考核制度。

- **（二）調整以「偵查、移送」為核心之績效考核迷思**
- 除建議將「預警案件」納列為績效核分之範圍外，並宜結合刑事訴訟流程，將廉政或調查績效考核制度層次精緻化，**區分為「立案」、「移送」、「起訴」、「公訴」、「判決」等階段，逐一配置不同之績效評量比重，建立「追蹤（動態）考核」模式**。
- 例如移送時「初步核分」一次，待案件起訴或判決確定後，**賡續為整體考核（不起訴或無罪案件，酌量增減核分）**，分析不起訴或無罪判決原因，將「蒐證不足」、「證據瑕疵」、「適用條文疑義」或「法律見解差異」等理由均納入績效核分之整體檢討研析。

- **（三）偵查作為結合實務取向，積極參與公訴，確保偵查成果**
- 鑑於貪污治罪條例及圖利罪偵辦之低定罪率、高上訴率及低維持率，偵查案件實效於法庭活動中所面臨之辯方挑戰，允為觀察重點。因此，建議透過檢調聯繫平台，賦予第一線廉政、政風及調查人員參與公訴之途徑，藉由參與公訴過程中，瞭解檢方在法庭活動中可能面臨之境況。
- 例如經由證據能力辯論，掌握司法實務見解（舉例「行動監察（跟監、側拍）、數位資訊證據，乃至於因應衛星、行動裝置偵查取證」等新興之證據方法），進而調整類案蒐證方向，或觀察論告攻防時之論證重點，瞭解辯方常以「公務員身分」、「明知違背法令之犯意」、「公、私法契約性質」、「職務掌理範圍」及「獲取不法利益之對價證明」等辯護關鍵，作為強化精緻偵查之基礎。
- 至於「**參與公訴**」模式，**亟待與檢察機關整合**，或可考量「公訴專組協力」或「提出證據調查聲請書、（輔助）論告書」之方式逐步開展。

- **（四）結合法制單位，建構無罪判決與不起訴處分之研析機制**
- 建議參採臺灣高等法院檢察署於96年間成立「貪瀆案件無罪判決分析研究小組」運作方式，建構無罪判決與不起訴處分案件之研究分析機制。
- 參採前揭監察院「貪瀆案件定罪率」調查報告所指出貪污案件無罪判決理由，以「行政規則認知錯誤」乙項為首，即包括「對行政規則及相關作業程序未查明」、「行政疏失與犯罪故意未釐清」、「行為未違背法令（未違背職務、誤用行政法規）」、「行政裁量與違背法令之分際未釐清」等原因，均可見貪瀆案件之偵查，深受法規命令、解釋性行政規則或裁量基準的複雜多元影響，
- 故宜結合法制單位，提供預警、偵查及案件追蹤（動態）考核流程過程適切之法制建議，並在預警及偵查階段，即借重政府採購法、營建相關法規主管機關（例如：公共工程委員會、內政部營建署、公平交易委員會）之行政函釋，充實偵查內容，作為輔助檢察機關認定犯罪事實及適用法律佐證，並以嚴謹之法律適用，反向思考取證方向，延伸偵查實效，鞏固偵查成果。

- **（五）機關橫向整合教育訓練與研究職能，嘗試提出修法建議**
- 貪污案件偵審實務中，涉關前揭辯方著重之「公務員身分」、「契約定性」、「獲致不法利益（對價關係）」，乃至於「違背法令」、「登載不實（偽造文書）」之直接故意等，**均需行政、司法機關實務見解之長久累積及法律變遷之反思。**
- 此見諸監察院前揭專案調查報告結論指出：
- 貪污治罪條例之刑度疑有情輕法重，背離罪刑相當原則之問題，恐影響法官適用決斷，**實務及學界多認應詳加檢討是否有回歸普通刑法之必要。圖利罪之構成要件涉及不確定法律概念，與便民難以區隔，致司法權輕易介入行政權核心領域，影響現代法治國行政之積極性與效率性，允宜審慎研究除罪化必要」。**
- 綜上結論，足以徵見，貪瀆犯罪預防及案件偵辦第一線之廉政、政風及調查機關，允宜將偵查經驗中所面臨及匯集之寶貴情境資訊，有系統的詳予彙整提出質量並重之立法建議，**並與司法院、法務部等法規主管機關（例如司法院刑事廳、行政及懲戒廳、法務部法制司）整合立法政策目標，連結教育訓練職能與學界研究資源，共同提出並延續修正建議，期待立法機關對於貪瀆案件相關刑事法律修正契機。**

